DE
FRAGMENTO 34 PR. ET §. 1 D. DE ACQUIRENDA
VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

DISSERTATIO INAUGURALIS
QUAM
ILLUSTRI JURISCONSULTORUM ORDINI
IN
ALMA LITTERARUM UNIVERSITATE PHILIPPINA
AD
SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES
RITE CAPESSENDOS
OBTULIT

ERNST ROHDE
TRIBUNALIS ROTENBURGENSIS ASSESSOR.

MARBURGI CATTORUM.
TYPIS JOANNIS AUGUSTI KOCHII.
MDCCCLXX.

PATRI

OPTIMO CARISSIMO

CAROLO THEODORO ROHDE

DR. THEOL., METROPOLITANO SPANGENBERGENSI

ATQUE

PRAECEPTORI SEMPER SUMME VENERANDO

CAROLO FUCHS

UTRIUSQUE JURIS DR. HUJUSQUE P. P. O. IN ACADEMIA MARBURGENSI

HUNC LIBELLUM

PIO GRATOQUE ANIMO

D. D. D.

AUCTOR.

Exordium.

Ea fontium juris civilis Romani pars, quae ad possessionis doctrinam pertinet, quamquam a doctissimis Ictis accuratissime ac diligentissime tractata et explicata est, titulus Digestorum de acquirenda vel amittenda possessione unam tamen legem continet, de qua hoc dici non potest, dico fr. 34 pr. §. 1 h. t., quod adhuc nemo satis bene interpretatus est. De Savigny paragraphi primae omnino mentionem non facit, principium autem obiter commemorat et disserens de amissione possessionis, quae fit animo [1]), et disquirens de erroris natura [2]), posteriori loco argumentum inde colligens opinionis, traditionem dissensio in corpore orta fieri non posse. Ceteri, qui de fragmento illo omnino memorant, Icti principium tantum tractant sive respiciunt fr. 18. §. 1. D. h. t., quod ei repugnare videtur, ut Gesterding [3]), Kierulf [4]), de Scheurl [5]), Brinz [6]), Bruns [7]), Boecking [8]),

1) Recht des Besitzes VII. edit. p. 355.

2) System vol. III. p. 273 n. o.

3) Die Lehre vom Eigenthum p. 128.

4) Theorie des gemeinen Civilrechts p. 392.

5) Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts nr. VIII. p. 202 sequ.

6) Pandecten vol. I. p. 71.

7) Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther IV. p 42.

8) Pandecten des Römischen Rechts vol. I. p. 467 n. 14 et 15.

Windscheid[9], Randa[10] et Arndt[11], sive opinionis causam inde repetunt, errore in corpore interveniente possessionem non acquiri, ut Icti a Brinzio[12] allati, quibus addantur Ramos del Menzano[13] et Exner[14]. Accuratius ac copiosius id solus perscrutatur Brinz[15]. Quo loco explicata cum iis comparanda sunt, quae exposuit Witte[16].

Paragraphum primam fragmenti, quod equidem sciam, paucis commemorant Pothier[17], Gesterding[18], Puchta[19], Windscheid[20], de Scheurl[21], Westphal[22] et Exner[23].

Omnibus his locis de fragmento dictis, exceptis, quae de Scheurl breviter disputat de paragrapho prima, praecipue hoc vitium inesse mihi videtur, quod internus principii et paragraphi primi contextus praetermissus est. Unde factum est, ut Icti et interpretationi subjecerint causam falsam vel ad suum arbitrium electam et ad opiniones devenerint, quae abhorrent a veritate. Immo nonnulli non dubitarunt dicere, dicta Ulpiani perversa esse, ut Westphal et Exner. Ex eadem causa explicandum est, quod ne unus quidem Ictus, excepto fortasse Lenzio, conatus est principium vel paragraphum primam seorsum plene et copiose interpretari. Singulae enim legis partes,

---

9) Lehrbuch des Pandectenrechts vol. I. p. 391.

10) Der Besitz nach österreichischem Recht. p. 215 sequ.

11) Lehrbuch der Pandecten §. 142.

12) Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther III. p. 24 n. 13 et 14.

13) recit. ad tit. Dig. de poss. — apud Meermann, Thesaurus VII., 95. — II., 1, §. 5.

14) Rechtserwerb durch Tradition p. 270.

15) l. c. im Jahrbuch.

16) „über den Schutz durch Interdicte" Giesser Zeitschrift. Neue Folge vol. XVIII. p. 245 sequ.

17) Pand. Just. ad h. t.

18) l. c. p. 135.

19) Weiske, Rechtslexicon, sub voce „Besitz" II. p. 61 et 74.

20) l. c. I. p. 388 n. 10.

21) l. c. p. 215.

22) System über die Arten der Sachen §. 131 p. 108.

23) l. c. p. 130. sequ. n 22.

si per se considerentur, non sunt dilucidae ac perspicuae Quid sibi velit lex, potius ita tantum intelligitur, si universam legem illustramus indeque ejus partes perscrutamur. Hoc agere conabor in hoc libello. Censeo enim, in ea lege Ulpianum non modo regulam »ignoranti possessio acquiritur« notabili modo explicasse nec repugnasse Celsi in fr. 18 §. 1 D. de poss. dicto, sed, quod gravissimum est, etiam probasse, in possessione fundi acquirenda non semper necesse esse, eum, qui eam acquirere velit, in fundum ingredi vel prope ad eum accedere. Atque ita legem tractare mihi in animo est, ut priore parte disceptem, quaenam sit causa legis, et quidem in capite primo legem ipsam cum conjectura, quae adhibenda esse mihi videtur, afferam, in capite altero disquiram, num efficiat lex universitatem contextam, in tertio capite causam, quam tractari lege puto, proponam, in quarto capite eas legis partes, quae maxime explicationem postulare mihi videntur, copiosius explicem, in quinto autem capite, conjecturam a me propositam necessariam esse, probem. In parte altera deinde singula Ulpiani dicta perscrutabor et quidem in sexto capite illud, quod ad acquisitionem fundi possessionis non ineunte in fundum eo, qui acquirere vult, pertinet. In septimo id, quod explanationem regulae »ignoranti possessio acquiritur« continet, in octavo denique, quod de amittenda possessione dicit Ulpianus, comparatum praesertim cum fr. 18 §. 1. D. de poss. considerabo.

Pars I.

Caput I.

Verba fragmenti sunt haec:

»pr. Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem, me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum[24]) iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consen-

24) Credo pro verbo „Cornelianum" legendum esse „Sempronianum".

25) In editione Florentina habetur „quoniam".

serimus. Quando[25]) autem in corpore non consenserimus[26]), an a te tamen recedat possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest. Et si animo acquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. §. 1. Sed si non mihi, sed procuratori meo possessionem trades, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio acquiratur. Et, cum placeat, ignoranti acquiri, poterit et erranti. Sed, si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut acquiram possessionem«.

Caput II.

Primum quaeritur, num conjunctio atque perpetuitas sit inter principium et paragraphum primam et quaenam haec sit. Respondeo, causam principii subesse etiam paragrapho primae, mutatam tantum, quoad verba ejus significent.

Quum disputationes Ulpiani, ex quibus fragmentum, de quo agitur, translatum est, conservatae non sint, opinionem illam et verbis et argumento legis me probare oportet.

Si paragraphus prima divellatur a principio, Ulpianus ea, quae tum inessent in paragrapho, dixisse non putandus est. Dixisset enim, possessionis acquisitionem, si procuratori traderetur, errore interveniente vel in persona domini vel in persona procuratoris, non effici, dummodo ne alter eorum in errore versaretur. Haec sententia, quam loco nostro inesse Gesterding male putat[27]), laudari non potest, nisi error, quod Ulpianus intermisisset, definiatur. Facile intelligitur, in omnibus casibus eam esse falsam, in quibus errore efficitur, ut desit consensus

---

26) Sic legitur in editione Holoandri et Vulgata. In editione Florentina verbum „non" male deest. Sine ulla dubitatione retinendum est. Omissa enim hac voce verba inania essent. Invenitur quoque eadem corruptio aliis locis e. gr. fr. 7. D. de hered. vend. fr 5 §. 1 D. de pec. const. fr. 1 §. 14 D. ad leg. Falc. cfr. Fuchs, kritische Studien zum Pandectentext. p. 62 sub 4.

27) l. c. p. 135.

domini atque procuratoris, acquirendi per procuratorem domino hujusce rei possessionem, velut si dominus aut procurator errore inductus alius rei possessionem acquirere vult aut si in persona domini vel procuratoris erratur aut si procuratori erranti traditur res ab alio praeter illum, a quo dominus possessionem ejus acquirere vult [28], Ulpianum igitur causae paragraphi primae certum subjecisse errorem necessario statuendum est. Item compilatores recipientes paragraphum non generaliter illam protulisse sententiam intelligimus, sed nisos in certo quodam errore. Sunt igitur, qui ad arbitrium suum causam sibi proposuerint. Pothier quidem dicit „Finge: mandavi procuratori meo, ut mihi emeret servum. Emit mihi Stichum, qui ipsi traditus est. Hoc casu, quamvis ego per errorem putem, non Stichum sed Damam ei esse traditum, tamen acquiritur mihi possessio Stichi.“ Tali interpretationis ratione sententiam, quae congruat cum generalibus principiis, inveniri concedendum est, attamen mihi probanda esse non videtur. Quid? Credamusne. Ulpianum res non attulisse, de quibus sententiam suam dixerit, et compilatores, his rebus omissis, dictum ejus recepisse? Neutiquam! Profecto timuissent, ne non recte, quid sentirent, intelligeretur. Accedit, quod nostrae opinioni neque certa juris principia obstant et continuatio atque contextus verborum suffragatur. Illud ita se habere in parte altera demonstrare studebo. Hic autem locus haud scio an apertissimus sit. Ordo verborum principii et paragraphi primae simillimus est. In principio dicitur „si (tu) me miseris, ego putarem — et iero — non acquiram“, in paragrapho primae „si (tu) procuratori meo possessionem tradas — si ego errem, procurator meus non erret — poterit et erranti; si procurator meus erret, ego non errem, magis est, ut acquiram.“ Ubique igitur eaedem personae introducuntur, nisi quod in paragrapho prima procurator accedit. Illic verba „in possessionem mitere“ et „ire“, hic „possessionem tradere“, quae sunt synonyma cum illis [29]. Utroque loco aut is, qui acquirere

28) Savigny, Recht des Besitzes p. 312.

29) cfr. e. g. fr. 35 §. 1 D. de don.; fr. 36 D. de pactis; fr. 77

vult possesionem aut ejus procurator in errore versatur. Nihil autem dubitationis, nobis relinqui potest considerantibus prima paragraphi verba »sed si non mihi, sed procuratori meo possesionem tradas«. Spectant enim profecto ad principium antecedens, immo repetunt quodammodo eam causae partem, quae in paragrapho prima mutatur. Dicere sibi volunt, in hoc eandem tractari causam nisi quod non mihi ipsi, sed procuratori meo tradatur possessio fundi. Contextus quoque verborem ante pedes, quod ajunt, positus est. Summa ejus haec est. Ulpianus quaerere vult, num is, qui alium mittit in possessionem fundi, amittat possessionem, si in certo quodam errore versetus is, qui missus est. Quam quaestionem in principio perscrutatur statuens, eum, qui missus sit, per se ipsum possessionem velle acquirere. Possessionem ab eo, qui missus sit, non acquiri, ab initio haud cunctanter dicit, in qua sententia postea perstat, dubitatione, possessionem animo acquiri posse, oblata et superata. Idcirco, quamquam ex regula Celsi et Marcelli possessio animo deponi atque mutari possit, illam negat quaestionem recte se habere, quia is, qui miserit, quodammodo ea sub conditione recesserit de possessione, ne ejus, quem miserit, possessionis acquisitio propter illum errorem sit inanis. In paragrapho prima eandem tractat quaestionem, sed hic ad se referens, illi, cui possesionem is, qui mittat, tradere velit, per procuratorem possessionem esse acquirendam. Discernit igitur porro utrumque casum, si dominus et si procurator in illo versetur errore. Quaestionis disceptatione principalis, num amittatur possessio, ut in principio jam demonstravit, ex illa tantum, num interveniente errore acquiratur possessio, pendente, respondet in paragrapho prima ad hanc solam quaestionem affirmans eam et desistit quaestionem affirmare principalem, quia hoc in utroque paragraphi casu per se intelligitur,

Quibus argumentis comparatis neminem, quod mihi probare proposuerim, ferum esse negare puto, cum praesertim nullum,

---

D. de rei vind.; fr. 18 §. 2, fr. 33 D. de poss.; fr. 12 D. de vi; l. 3. C. de vi. cfr. Brinz (Jahrbuch) p. 21 n. 10.

quod video, argumentum contra id possit interponi. Ceterum silentio praetereundum non esse mihi videtur, etiam Accursium arbitrari, in casu ad hanc legem, principium et paragraphum primam totum efficere, atque idem sentire de Scheurl[30].

Caput III.

Transeo ad quaestionem, quaenam sit causa, de qua agatur. Quam talem esse censeo.

I. In principio:

Titius, qui est obligatus ad tradendum Sejo alterum agrum vel Cornelianum vel Sempronianum ita, ut ipse eligat, aut ad utrumque agrum ei tradendum, tradere vult agrum Cornelianum et, cum procul ab agro absint, in ejus possessionem, quam vacuam relinquere se statim declarat, ingredi ei permittit. Sejus, cum errore adductus putet, sibi licere in agrum inire Sempronianum, quem vacuum Titius a se relinqui declaraverit, in hunc agrum ingreditur.

II. In paragrapho prima:

Ut illam persolvat obligationem, Titius consentiente Sejo agrum Cornelianum Cajo tradere vult, cui Sejus mandat, ut possessionem aut utriusque agri aut ejus agri, quem Titius vacuum reliquerit atque vacuum fore declaraverit, ingrediens in eum ipsi acquirat. Propterea Titius, praesente atque sciente Sejo, Cajo permittit, in agrum Cornelianum, qui praesens non est, inire, ut Sejo ejus possessionem acquirat. Distinguitur autem ita: Aut Sejus Titii declarationem ad agrum Sempronianum pertinentem per errorem intelligit, Cajus autem recte existimat, eam de fundo Corneliano fieri. Ita in hunc ingreditur. Aut Sejus verba Titii cadere in agrum Cornelianum recte intelligit, Cajus autem per errorem putat, ad fundum Sempronianum ea spectare. Quocirca in hunc agrum introit.

30) l. c. p. 215.

Caput IV.

Haec causa primo quasi aspectu ita vera esse videtur, ut, quod necessarium esse equidem puto, legatur in principio pro verbo »Cornelianum« vox »Sempronianum«. Quod mihi infra capite V probandum est. Priusquam autem ad hoc transeam, me pauca praefari necesse est, quae ad rem illustrandam ac probandam pertinere mihi videntur.

I. Ac primum quidem repetentes causam, ex qua Titius obligatus est ad tradendum, ante omnia ita distinguamus:

A. Aut causa, sive praecedebat traditioni sive in eandem incidebat, jam versabatur in errore, qui continuatur in missione in possessionem. Titius fundum Cornelianum se vendidisse, Sejus fundum Sempronianum se emisse existimat. Ea de causa Titius Sejum vel Cajum in possessionem mittit agri Corneliani, Sejus vel Cajus autem se in fundum Sempronianum missos esse arbitrantur.

B. Aut causa traditionis non in errore versabatur, qui in missione demum evenit. Hoc casu porro discernendum est:

1) Aut causa traditionis complectebatur fundum tantum Cornelianum. Titius fundum Cornelianum vendere, eundem Sejus emere voluit. Deinde Titius Sejum vel Cajum in possessionem fundi Corneliani mittit, Sejus vel Cajus in possessionem fundi Semproniani missos se esse opinantur.

2) Aut causa traditionis utrumque complectebatur fundum et quidem

a) utrumque fundum Titius voluit vendere, Sejus emere.

b) Titius obligatus est, Sejo scienti hoc aut fundum Cornelianum aut fundum Sempronianum ita, ut ipse eligat, tradere. Utroque casu Titius aut omnino aut nunc quidem agrum tradere vult Cornelianum, in cujus possessionem vel Sejum vel Cajum mittit. Sejus vel Cajus arbitrantur, a Titio fundum Sempronianum tradere volente se in possessionem fundi missos esse Semproniani.

Ex verbis principii parum accurate intelligi potest, num una ex his specialibus causis accipienda sit et quaenam. Quamquam si nobis permissum esset putare, Ulpianum errorem

in causa traditionis non tractare, verborum ac litterarum causa decerneremus oporteret, statuendum esse unum ex casibus sub B, 2, allatis. Verba enim »ego putarem me in fundum Sempronianum missum« multo minus loquuntur pro permutatione fundi Corneliani atque Semproniani, quam pro errore in ipsa declaratione. Permutatum autem esse agrum Cornelianum cum agro Semproniano statueremus necesse esset, si causa obligaret Titium ad tradendum tantum agrum Cornelianum nec in hac causa error versaretur. Quibus positis Sejus missionem esse factam in ejus fundi possessionem credere tantum posset, cujus traditio ei exspectanda erat, igitur in possessionem fundi Corneliani, et ita tantum eum Titii declarationem ad fundum pertinere Sempronianum credidisse cogitari posset, ut putaret, fundum Sempronianum esse Cornelianum. Sed de illa quaestione, utrum Ulpianus errorem in causa traditionis tractare voluerit nec ne, in fragmento nihil dictum est. Itaque, si principium per se consideremus, Ulpianus in incerto relinquere voluisse putandus esset, quomodo causa esset comparata, quum sententia ejus esset vera in omnibus casibus commemoratis. At paragraphus prima nos eo adducit, ut unam ex causis sub B, 2 allatis esse sumamus, quia in quoque alio casu aut causam discrepantias continere aut sententiam aperte falsam esse intelligere nos oporteret. In casibus sub A et B 1, dictis nobis sumendum esset, Sejum putasse, missum se esse in solum eumque certum fundum et ea de causa de hoc mandatum Cajo dedisse. In casu quidem sub A posito fundus Cornelianus esset, quem se emisse putaret, cujus ergo possessionem acquirere vellet, tunc autem dictum Ulpiani »poterit et erranti« abhorreret a regulis haud dubiis. Sejus per Cajum fundi possessionem Corneliani non acquireret, quod careret animo hujus ipsius fundi possessionem acquirendi et deesset consensus in corpore in dando et accipiendo mandato[31]. In casu autem sub B, 1 allato Sejus, quod sciens, fundum Cornelianum se emisse, animum haberet possessionem hujus ipsius fundi acquirendi, non erraret, ut dicitur legis verbis,

31) fr. 42 §. 1 D. de poss. v. Savigny, Besitz p. 316 n 4.

immo vero in hoc casu minime falleretur, quum ejus fundi possessionem vellet acquirere et mandatum de eo dedisset, in quem missus esset. Itaque nihil relinquitur, nisi ut accipiamus unum ex casibus sub B, 2, a et b commemoratis hic locum habere. Casus sub B, 2, b positus autem ita tantum accipi potest, ut penes Titium sit jus eligendi. Sin enim a Sejo fundus eligendus esset, huic inesset animus electi fundi possessionem acquirendi et juberet Cajum hujus acquirere possessionem. Quodsi is fundus, quem elegisset, esset Cornelianus, Sejus contra legis verba non erraret, sin autem esset Sempronianus, eadem de causa, quam supra vidimus, Ulpiani sententia probari non posset.

II Missionis in possessionem declarationem ita, ut ii, qui agant, a fundo procul absint, factam esse pono. Num recte hoc statuerim, pendet ex eo, quem sensum velimus verbis subjici »mittere in vacuam possessionem fundi.« Dubitari non potest, quin contineant et declarationem ejus, qui mittit, dicentis possessionem fundi tradendi vacuam relinquere se velle, et permissionem, ut is, qui mittatur, absente et non agente eo, qui tradat, ingrediatur in fundum. Witte [32]) autem, argumenta non afferens, missionem in possessionem ita tantum fieri vult, ut fundus tam prope situs sit, ut ab utraque persona videri et ejus fines certo demonstrari possint. Inde ad falsam causam devenit, cum hac ejus explicatione utitur: Acquirere volo fundum Sempronianum et, quam mittar in fundi possessionem Corneliani, hunc esse fundum Sempronianum credo. Quodsi ingredior in fundum Cornelianum, fundum teneo, cujus possessionem acquirere nolo. Quae Wittii causa ac sententia jam ideo falsa est, quod ex ea regula emergeret, quam infra falsam esse videbimus, eum, qui errans in corpore rem apprehendat, carere animo, ejus rei, quam apprehenderit, possessionem acquirendi, unde fiat, ut possessionem non acquirat. Deinde solis illis Wittii verbis me eo adduci confiteor, ut argumentis confirmem contrariam opinionem, quae haud scio an nunquam in dubitationem vocari possit et

32) l. c. p. 245 sequ.

adhuc vocata sit, missionem in possessionem non necessario praesente fundo fieri debere. Propria verbi »mittere« vis [33]), opposito verbo »inducere — in possessionem« — quod indicat, declarationem, vacuum fundum relinqui, quae eodem, quo ineatur, tempore fiat, in fundo vel apud fundum evenire [34]) — significat, hominem missum ex eo loco, ubi et is, qui mittat, et is, qui missus sit, adsint tum, quum mittitur, in alium locum ire juberi, continet igitur spatium, quod est tempore missionis et inter eum locum, quo uterque commoratur, et inter eum fundum, in quem mittitur. Itaque verba »in possessionem fundi mittere« vix apta esse videntur, si fundus ita in propinquo jacet, ut videri et certo significari possit. Ergo, ut verba ipsa Wittii sententiae repugnant, ita etiam alia argumenta praesto sunt, quibus revinci potest. Non est dubium, quin ipsa ejus, qui mittat, voluntate declarata, se prohibere nolle, ne is, qui missus sit, actus possessorios in fundo suscipiat, possessionis acquisitio efficiatur. Quid? Num minoris momenti est haec voluntas declarata fundo non praesente, dummodo constet, ad hunc ipsum fundum eam spectare? Nego ita se rem habere. Item ejus qui missus est, acquirendi possessionem voluntas, quae cernitur in accepta declaratione ejus, qui mittit, dummodo eam ad eundem, quem ille vacuum relinquere vult, fundum spectare appareat, eandem habere vim intelligimus, seu in praesentia fundi seu in ejus absentia declaratur. At dixerit quispiam: fundi possessio ita acquiritur, ut is, qui acquirere eam vult, in fundum introeat aut prope ipsum fundum adsit. Ex hac regula, quam de Savigny profert, si, quod concedendum non esse parte altera et capite VI. demonstrare conabor, generaliter definiri posset, id unum sequeretur, ut eum qui missus sit, in fundo aut prope ad fundum, non autem, ut eum simul cum eo, qui mittat, ibi adesse necesse esset. Potius facultas naturalis de fundo pro lubitu disponendi etiam ita ex declarata ejus, qui mittit, voluntate con-

33) cfr. fr. 12 D. de vi; fr. 18 eod.; fr. 1 §. 10 et 11 D. de poss.

34) cfr. fr. 35 §. 1 D. de don.; fr. 33, fr. 52 §. 2 D. de poss.; fr. 15 §. 6 D. de re jud.; fr. 7 §. 19 D. de reb. auct. jud. poss. Savigny, Besitz p. 216.

sequitur, ut is, qui missus est, postea solus accedat ad fundum. Ejus opinionis igitur, quam Witte in medium profert, id unum restat argumentum, quo, ut utraque persona in fundo praesenti dissentiat, fieri non possit. Sed hoc quoque argumentum non defenderis, si respicias ea, quae contra id afferri possunt. In omnibus his casibus inane est, in quibus consensum in fundi corpore haud dubium esse ex aliis causis cognoscitur Hoc autem plerumque apertum est, quum, qui vendere vult fundum, aut ipse aut per procuratorem fundum emtori ostendere soleat. Quae quum ita sint, certissimis legibus affirmari Witii sententiam credideris. Sed minime ita res se habet. Tractatur quidem in fr. 18 § 2 D. de poss. talis causa, qualem significari verbis »in possessionem fundi mittere« Witte putat. Si in hac lege innitatur, quamquam haec verba in lege non inveniuntur, de missione in possessionem agi non infitior. Probat autem lex id unum, missionem in possessionem in praesentia fundi fieri posse, non probat, eam ita fieri necesse esse. Contra aliae leges, in quibus, quod agitur, plane verbis »mittere in possessionem designatur, in his praecipue fr. 12 et fr. 18 D. de vi, illius praesentiae omnino mentionem non faciunt. Propono denique praetoris in possessionem missionem decreto in absentia rei facto factam esse. In nostra autem lege, ut Sejus in fundum absentem missum esse ponamus oporteat, ex eo sequitur, quod dissensus in corpore fundi, nisi hoc ponitur, cogitari non potest. Quid? Num eum, qui mittat, et eum, qui missus sit, si de fundo prope se sito et a se viso declarationes faciunt, diversos respicere fundos nobis credendum est? Hoc sibi repugnare credo. Opinionem a me prolatam etiam confirmat paraphrasis, quam reddit ad principium nostrum Ramos del Menzano. Dicit enim »fundi Corneliani, qui in praesentia non erat« et infra »fundi Corneliani, cum in praesentia non sit, sed in ejus absentis possessionem emtor mittatur«.

III. Voci »fundus« congruentibus Basilicis, in quibus habetur vocabulum »ager« [35]) eandem notionem, quam agro

35) ager ruri locus est sine aedificio fr. 211 D. de verb. sign., locus sine villa fr. 27 pr. eod.

subjiciendam esse existimo. Quanquam non putaverim, ad hanc sententiam tuendam multum valere verba fr. 60 D de verb. sign., ex quibus Baron[36]) male verba »sine villa locum« ad verbum »fundum« referens sequi putat, hanc esse communem vocabuli »fundi« vim. Prima legis verba probant, in vocabulis fundi« et »loci« notiones inter se pugnantes inesse, fundum igitur voce »locus« significari non posse. Lex potius dicere vult, »locum« plerumque accipi partem fundi inaedificatam — opposito verbo »area« — Verba »fundus aliquid etc.« vocabulum »fundus« explicant. Considerantes autem locos ut »de fundo sive aedificio[37])« »fundi vero et aedium[38])« et quam variata verba continet formula interdicti uti possidetes, prout de »aedibus« agitur vel de »fundo[39])«, dubitare nequimus, quin verbo »fundus«, opposito aedificio, ager denotari soleat, quamvis significet s. l. omne aedificium et omnem agrum[40]) Illa autem verbi vis hac de causa in legem nostram cadit. Continet enim missio in possessionem speciem traditionis, quae fit corpore possessionis mutato et vocabulo »traditio« sensu proprio notatur, ut ab aliis, ad quae significanda leges voce »traditio« non utantur, generibus, quae corporis mutationem non involvunt, distinguatur e. g. ab eo, quod vocant brevi manu traditionem[41]), vel ab eo, quod dicitur constitutum possessionem[42]), vel ab actione ex utraque composita, qua transfertur dominium rei ab eo, qui acquirit, jam possessae[43]). Tollitur enim corpus possessionis, quum mittitur in possessionem, non facto interveniente sed sola voluntatis declaratione. Quod semper fieri potest in agris et aliis similibus

36) l. c. p, 81.

37) fr. 1 § 3 D. de vi.

38) Gaj. Inst. II., 42.

39) Puchta, Inst. vol. II. p. 536 n. i.

40) fr. 211 et 115 D. de verb. sign.

41) fr. 9 §. 5 D. de dom „sini traditione“ „licet non tradiderim“; fr. 62 pr. D. de evict „pro tradita habetur“; fr. 9 §. 9 D. de reb. cred.

42) fr. 18 pr. D. de poss.; fr. 77 D. de R. V. l. 28, l. 35 §. 5 C. de don. fr. 15 §. 2 D. qui sat. cog.

43) fr. 21 §. 1 D. de dom. cfr. v. Savigny. System IV. Beilage IX. nr. VIII. Besitz S. 244 n. 1.

fundis e. g. silvis, pascuis, plerumque etiam in hortis, sed raro in aedificiis. Aedificii enim usus, quod eo consilio instructum est, ut homines in eo habitent vel ut fabrica exerceatur in eo vel ut res in eo condantur — horrea —, conjunctus est cum statu quasi quodam corporeo, qui quidem est in aedificio, neque tamen ejus ipsius pars est[44], praesentia possessoris et eorum, ex quibus domus constat, suppellectilis, instrumentorum fabricae rerumque in aedibus reservatarum. Usus agri, quamquam superficies eo mutatur, ut glebis aratro subversis, efflorescente segete, frugibus perceptis, constantia caret neque corporei quidquam continet. Fit enim singulis actionibus, culturae causa susceptis. Ager igitur jam ita vacuus fit, ut actionibus illis finis imponatur. Ejus detentio solo animo omittitur. Aedificium autem, nisi forte id accidit, ut possessor eo non utatur, quod raro evenit, eo tantum vacuum fit, ut decedat detentor et ii, ex quibus domus composita est, de eo[45], aut certe, excepto eo casu, in quo is, cui traditur, rerum, quae in aedificio sunt, usui ejus, qui adhuc possidet, servientium simul cum aedificio possessionem acquirere vult, velut, si heres factus est domini vel si aedificium simul cum rebus, quae sunt in eo, emit, aedificium vacuefaciat possessor. Detentio igitur aedificii rarissime solo animo, potius plerumque facto quodam vacua efficitur.

IV. Quamvis verba haec aperte non dicant, in causam sumpsi, Cajum in fundum, in quem se missum esse putet, inire, in primo quidem casu in fundum Cornelianum, in altero in fundum Sempronianum. Quod factum per analogiam principii simpliciter sequitur ex Caji recta vel falsa opinione ita, ut verbis id declarantibus opus non sit. Non minus probabile esse puto, si verbis »in Sempronianum iero« acceptis, in principio Sejum in fundum, quem vacuefactum putarit, intrare statuamus, etiam in paragrapho prima Cajum in eum fundum, in quem missum se esse opinetur, ingredi, ac retenta verba »in Cornelianum iero« in utrumque paragraphi

44) fr. 17 pr. §. 7 D, de act. emt. vend.
45) fr. 78 § 1 D. cont. emt.

primae casum transferri. Ulpianus, ut infra videbimus, ingressum in fundum tantum in primo paragraphae primae casu, in quo procurator init in fundum Cornelianum, in sententiam suam assumsit, quia in altero casu haec res nullius momenti est.

V. Si Ulpianus non satis habet dicere, Sejum vel Cajum errare, sed haec ipsa verba, Cajum vel Sejum »non errare« addit, eorum vim in causam accipiendam et magni aestimandam esse apertum est. Non solum igitur pono, quod in primo paragraphi primae casu per se intelligitur, quia Sejus nesciens Titii declarationem in errore de ea versari non potest, a Titio, Sejo praesente aut aliter sciente, missionem in possessionem esse profectam, sed etiam statuo, eum, quem non errare Ulpianus dicit, Titii declarationem ad eum fundum recte referre, cujus ratione facta sit, ex quo sequitur, eum hunc fundum nosse. Atque memoria tenendum est, eum, qui tradere fundum ex justa causa obligatus sit, obstrictum esse fundi ei, cui tradere debeat, fines demonstrare eumque in possessionem inducere[46]. Fines si noverit is, cui fundus tradendus est, mitti se in possessionem permittere potest.

VI. Vocabuli »procurator« vis in fragmento nostro communis est. Talis igitur procurator intelligendus est, qui, opposito colono vel eo, qui habet jus in re, non sua causa sed ad ejus, qui ei mandavit, utilitatem possessionem eamque ejus nomine acquirere velit[47]. Is procurator, cui ad ipsius commodum mandatum sit, »procurator in rem suam datus« denotatur[48].

Caput V.

Nunc mihi in animo est probare, verba »in Cornelianum iero« commutanda esse cum verbis »in Sempronianum iero«.

46) fr. 48 D. de act. emt. vend. cfr. fr. 12 D. fin. reg. fr. 18 §. 1.; fr. 63 §. 1 D. de contr. emt. fr. 45 D. de evict.

47) Savigny, Besitz p. 129.

48) Brissonius de verb. sign. sub voce „procurator in rem suam datus“.

Argumenta, quibus, ut haec conjiciam, adducor, mihi quidem ejusmodi esse videntur, ut conjectura in textum accipiatur necesse sit.

1. Verbis »in Cornelianum iero« retentis, in causa, quae in lege nostra tractetur, duplex error versari potest. Certum est, Sejum vel Cajum a Titio, qui miserit eos in fundi possessionem Corneliani, missos se esse in fundum Sempronianum per errorem existimare. Dessentiunt igitur in fundi corpore. Si tamen Sejus vel Cajus non ingrediuntur in fundum Sempronianum, quem vacuefactum putant, sed in fundum Cornelianum, duplici modo hoc cogitari potest, idque ita: aut altero errore non interveniente, si distinguunt fundum Cornelianum a fundo Semproniano, aut altero interveniente ejus tantum, qui missus est, errore in corpore, si commutant fundum Cornelianum cum fundo Semproniano, in quem ab initio ingredi voluerunt. Quonam errore Ulpianum sententias suas proferentem niti credamus? Quin Ulpianus tantum ad dissensum in fundo spectaverit, haud dubium esse puto [49]).

Quam ad opinionem confirmandam haec in medium profero argumenta:

A. In medio relinquit Ulpianus, utrum alter ille ejus, qui missus est, error eveniat, nec ne. Quem errorem si alicujus momenti esse existimasset, necessariam causae partem verbis non explicasset, quod Ulpianum non omissurum fuisse certo nobis statuendum est.

B. In primo parapraphi primae casu error, in quo ille tantum, qui missus est, versatur, cogitari non potest. Versatur enim in eo is, qui ingreditur in fundum. In illo autem casu procurator Cajus introit, quem non errare Ulpianus statuit. Error, Seji, quem errare dicitur, in eo tantum consistere potest, ut declarationem de fundo Semproniano, non Corneliano esse datam putet. In hoc ergo casu Ulpianus secundo illo errore sententiam fulcire nequit. Dixerit autem aliquis, in principio et in altera paragraphi primae parte niti eum hoc errore,

---

49) cfr. Brinz l. c. p. 24 sub 1. 2. 3.

contra in prima paragraphi primae parte dissensu in corpore. Sed haec refutare facile est. Si res ita se haberet, Ulpianum, ut causam, quam tractare vellet, apertissime exprimeret, de illo verba facere nec omnino incerti erroris mentionem facere necesse fuisset. Quo praetermisso cuivis haud dubie credendum est, unum errorem ab eo positum esse eumque dissensum in corpore, qui solus in primo paragraphi primae casu intelligi possit.

C. Sequitur, opinionem meam prolatam veram esse, ex diversis erroris notationibus. Ita utitur in paragrapho prima Ulpianus verbo »errare«, ut personas numeri singularis adhibeat, in principio autem praeterea verbum »errare« numero plurali et verba »non consenserimus« inveniuntur. Quin posterioribus verbis dissensus significetur, dubitari non potest. Idem valet verbum »erraverimus«, quia cernitur in eo, et Titium et Sejum errare, quod nisi dissensu posito cogitari non potest. Possunt certe illa verba »errem«, »erret«, »erranti« ad dissensum pertinere, quia in dissensu continentur errores eorum, qui negotium contrahunt, quorum uterque per se reputari potest. Fontes vocabulum »errare« et in errore, qui ad unam personam pertinet, opposito dissensu [50]), et generaliter in errore omnis generis ita, ut idem, quod »dissensus significare possit [51]), adhibent. In hac autem lege verba sic intelligantur oportet, ut nihil aliud quam dessensum denotent. Quum enim Ulpianum a duobis illis erroribus profectum esse non satis constet et verbi »errare« vis specialis cum verbis »non consenserimus« »erraverimus« non congruat, nihil relinquitur nisi ut omnino ponamus, verbi »errare« generaliorem in hunc locum cadere vim. Accedit, ut, quare illis verbis promiscue utatur Ulpianus, facile intelligamus. Quum ex dissensu pendeat, quomodo respondendum sit ad quaestionem, num amittatur possessio, disserens de hac quaestione verbis »erraverimus« »non consenserimus« utitur ad significandum errorem. Sin autem quaestionem ipsam, num acquiratur possessio, per-

50) fr. 4 pr. D. de leg. I., fr. 9 pr. D. de contr. emt.

51) fr. 57 D. de obl. et act; fr. 9 §. 2 D. de contr. emt. Savigny, System III. p. 266 n. g.

scrutatur, in qua disquirenda error tantum ejus, qui mittitur, gravis est, verbum »errare« numero singulari usurpat.

D. Ulpiani de acquirenda possessione sententia, in principio prolata, errore, in quo unus ille versatur, qui in fundum init, nullo modo fulcitur. Dixisset Ulpianus hoc errore nisus, ineuntem in fundum Cornelianum cum animo possessionem acquirendi fundum Cornelianum, in quem ingrediatur, esse fundum Sempronianum per errorem putantem, non acquirere fundi possessionem Corneliani, quod hujus possessionem acquirere nolit. Sunt etiam, qui nostra lege innisi sententiam defenderint, eum, qui aliam rem atque eam, quam ab initio voluerit apprehendere apprehenderit, per errorem opinans, apprehensam rem esse eam, quam ab initio voluerit apprehendere, possessionem rei detentae non acquirere, quod careat hujus rei possidenti animo 52).

Haec quidem sententia utrum vera sit, nec ne, inveniemus disquirentes primum, num in casu proposito secundum naturam sit, voluntatem acquirendi non inesse ineunti de fundo, in quem ingrediatur, et deinde, si illa affirmanda sit quaestio, num haec voluntas legibus negetur. Puto, illam quidem quaestionem affirmare, hanc autem negare nos necesse esse.

Ei, qui comprehendit rem propterea, quod aliam, atque ab initio possidere voluerit, esse putet, eo tempere, quo rem prehendit, animus inest, hanc ipsam rem prehendendi atque habendi, igitur possidendi. Nam is secum pugnaret, qui eum poneret, qui sciens volensque rem ante oculos positam manu comprehendat, voluntatem non conferre ad hanc rem. Tantum enim abest, ut ille error voluntatem de prehensa re esse prohibeat, ut impellat errantem, ut animo, comprehensam rem

52) Ramos del Menzano l. c. i. f., de Scheurl l. c. p. 203. Exner l. c. p. 131 cfr. Brinz (Jahrbuch) l. c. p. 24, qui, ut haec dicam, Accursium idem putasse male opinatur. Accursius enim in casu ad legem nostram errorem, qui, ne possessio acquiratur, efficiat, ipso verbo „dissensu" denotat. Certum judicium non fecerunt de Vangerow — Leitfaden der Pandecten III. p. 250 — et de Savigny — System l. c. — quorum alter ad usucapionem possessionem illo errore acquiri negat, alter autem dicit, fragmento inesse eam sententiam, errore interveniente traditionem non fieri.

habendi, capiatur. Contra is, qui apprehendit, alteram rem, quam esse putat apprehensam, eo tempore, quo apprehendit, possidere non vult. Simulatque alteram hanc esse putat, eam, quam ab initio rem petiit, desinit, apprehensam coepit possidere. Is enim, qui apprehendit, quia unam tantum rem vult apprehendere et, quum rem apprehensam aliam esse ignoret, non sibi conscius est, aliam praeter illam exstare, ex eo tempore, ex quo in errore versatur, hanc solam illius rei cogitationem animo informare potest, ut rem comprehensam talem — i. e. iis qualitatibus praeditam — esse credat, qualis sit ea, quam ab initio habere voluerit et qualem possidere ei in animo sit. Errore vero in qualitate rei non effici, ne animus possidendi adsit, nemo negabit. Fingas, quaeso, te emere velle vas aureum, sed emere et apprehendere aurichalcum quoddam. Hoc casu dubitari non potest, quin habeas voluntatem acquirendi possessionem vasis aurichalci et ejus possessionem acquiras. Jam quaero, num res aliter se habeat, si alia exstet res, quae sit instructa omnibus iis qualitatibus, quibus rem comprehensam is, qui comprehendit, praeditam putat, et si illam, antequam hanc viderit, acquirere voluerit. Hoc minime accipi posse arbitror. Quoniam is, qui fallitur, dum in errore perseverat, alius rei sibi non conscius est, voluntas ejus ad rem, quam comprehendit, spectans hoc casu diversa esse non potest, sive alia res, quam ab initio possidere velit, exstat sive non exstat. Animum possidendi, si illic negari nequeat, etiam hic esse concedendum est. Sed dixerit fortasse quispiam, effici illo errore, ut eum, qui apprehenderit, simul atque senserit errorem, comprehensae possessionem rei non jam retinere velle verisimile sit, fieri quoque posse, ut, errore non percepto, quum res ex ejus conspectu remota sit, animum non jam in hac re sed in ea, quam ab initio prehendere voluerit, expressurus sit. At idem accidere potest eo casu, quo is, qui prehendit, rem non aliam sed rem aliis qualitatibus atque iis, quibus sit, instructam esse putat. Posteriore autem casu nihil interesse ad eam rem omnes Icti concedent. Is, qui emit et prehendit vas aureum pro aurichalco, errore animadverso voluntatem habebit, hoc vas non retinendi,

non secus ac si pro certo quodam equo, qui admodum ei probatus est, alium, quem minoris esse facit, emit. Item perversa sentire eum, qui prehendat, de re comprehensa, qua de causa eam cognoscere prohibeatur, utroque casu cogitari potest. Utraque res in quaestione, num animus possidendi sit accipiendus, nullius omnino momenti est. Primum enim ex eo, quamdiu animus possidendi permansurus sit, nihil pendet in quaestione, num hoc tempore adsit. Ei, qui rem emit atque traditam accepit eo consilio, ut protenus eam alienet et tradat, non minus animus possidendi hanc rem inest, quam si eam sibi habere ac retinere vult [53]. Deinde fontes non patiuntur, ut opinemur, voluntati possidendi talem, quae ullum de re errorem esse prohibeat, scientiam, subjectam esse, inprimis, si proprio nomine possideatur. Profero fr. 3. §. 14. D. de poss.; fr. 74. D. de contr. emt; fr. 9 §. 6. D. de dom.; fr. 1 §. 21. D. de poss.; fr. 18. §. 2. D. de poss. [54].

Simillima est ratio ejus, qui metu coactus aliam rem comprehendit atque eam, quam ab initio comprehendere voluit. Hoc casu, dummodo ne de tali agatur vi, quae aeque atque error essentialis, ne voluntas sit, efficiat [55], sed de tali vi, quae non hoc efficiat, sed potius, ut voluntas adsit [56], quin vera de re comprehensa voluntas adsit, nemo dubitat. Quam opinionem de Savigny [57] plane probat hisce verbis »es sei nur der Schein vorhanden, als ob kein Wille da sei«. Quid autem interest de voluntate possidendi rem comprehensam inter hunc casum et illum, quo is, qui apprehendit rem, in errore, eam esse illam ipsam aliam, quam ab initio voluerit apprehendere, versatur? Nihil inter utrumque casum intercedere discriminis crediderim. Utroque casu, priusquam ille metu vel errore teneatur, animus

53) cfr. fr. 31. §. 1 D. de don.

54) cfr. Baron l. c. p. 42 sequ., Jhering l. c. p. 169.

55) quam vocant vim absolutam fr. 21 §. 3 D. qu. met. caus.; fr. 6 §. 7 D. de acqu. vel. am. hered.

56) quae dicitur vis compulsiva fr. 21 §. 5 D. qu. met. caus. fr. 20, 22 D. de rit. nupt. Savigny, System III. p. 101 sub 2..

57) l. c. p. 101.

in aliam rem praeter comprehensam attenditur, postea error vel vis efficit, ut is, qui prehendit, temporis momento, quo impellitur, rem habere velit apprehensam, atque verisimile est, eum sublata vi vel errore, non jam rem apprehensam sed rursus eam possidere velle, quam ab initio possidere voluerit. Si quis dicat, eo casu, quo error interveniat, eum, qui apprehendat, utramque rem alteram ab altera non discernere, libera igitur eligendi potestate atque voluntate carere, ei haec objecerim. Is, qui apprehendens rem aliam esse putat, non secus liberam habet electionem, utrum rem apprehendere velit, necne, atque is, qui metu cogitur rem apprehendere. Error, qui libertatem eligendi coercere videtur, causa tantum est exercendae electionis aeque ac vis compulsiva neque majoris momenti esse potest, quam quaepiam falsa causa.

Probant opinionem meam proxime duo Icti. Brinz [58]) non satis constare dicit, num ille error sit error in corpore vel talis in qualitate error, qui, ne voluntas possidendi adsit, efficiat, et quaestionem aptissime affert, quonam jure dici possit, eum, qui possessore fundi, quem alium esse putet, dejecto in fundum ingrediatur, ibi rem familiarem constituat dominusque ibi esse velit, hunc fundum nolle possidere. Westphal [59]) deinde, qui ipse in principio nostro opinionem illam, quam veram esse negavi, invenit, bene dicit »der Inhaber hat die Sache in seiner Gewalt. Indem er diese jetzt inne habende Sache in Empfang nahm, hatte er die Absicht diese Sache, die er ergriff, als die seinige unter sich zu haben. Was fehlt hier noch, um Besitzer zu sein? Dass er solche für das, was sie nicht war, gehalten habe, ändert in animo et corpore disponendi Nichts« Pergit deinde: »Wir dürfen aber heutigen Tages der irrigen Meinung der alten Rechtslehrer nicht beipflichten«. Testem quoque citare possum Windscheidium [60]). Putat enim idque, ut equidem credo, recte nec inepto

58) Jahrbuch l. c. p. 25 sub 2.

59) l. c. §. 130 et 131.

60) l. c. p. 165 sequ. n. b.

refutatus exemplo, quod affert Exner[61]), eum, qui rem donet personae suppositae, ante pedes stanti, quae nomen alterius personae ei notae sibi indet, non in persona sed in qualitate errare. Quod si verum est, res quoque ita se habere debet eo casu, quo quis rem ante oculos positam, quam aliam sibi notam esse putat, donat, quamvis Windscheid disquirens de errore in re hujus opinionis mentionem non faciat.

Iam quaeramus, num lex scripta constituerit, animum possidendi nostro casu non sumendum esse. Hoc ita accipi posse mihi persuadeo, ut in aliqua lege haud dubie dictum sit, talem voluntatem, errore effectam, omni carere vi. Sed ita minime res se habet. Ex fontibus potius intelligimus, nostro casu animum possidendi et possessionis acquisitionem ponenda esse. Omnes enim leges, quae dicunt, errorem aut dissensum in re vel in corpore prohibere, ne voluntas adsit, ideoque, ne negotium valeat, efficere, ad illum casum omnino non spectant. Tractant §. 23. I. de inut. stip. fr. 83. §. 1. D. de verb. oblig fr. 137. § 1 D. eod. fr. 9 pr. D. de cont emt. non modo non eum casum, quo, errore in corpore interveniente, voluntas de alia re, quae in praesentia est, declaratur, sed ne eum quidem, quo declaratio abhorret a voluntate declarantis, sed pertinent potius ad dissensum in re, de qua agitur. Elucet hoc cum ex argumentis, ex quibus non valeat stipulatio et emtio, allatis »ac si ad interrogatum responsum non esset« »nam stipulatio ex utriusque consensu valet (perficitur)« »nam cum in corpore dissentiatur (dissensimus) nullam esse emtionem (emtio nulla est)« tum ex causis tractatis. In legibus, quae sunt de stipulatione, si interrogatio atque responsio factae essent de servo praesente, utraque persona nisi praesentem servum intelligere non posset, cujus respectu voluntatem declararet. Dici igitur non posset, ab utroque alium intelligi servum. In §. 23. I. causa omnino cogitari non potest, si Stichus servus praesens est. Quomodo enim praesente Sticho promissor de Pamphilo declarare potest, quem Stichum vocari credit? In fr. 83 §. 1 cit. argumento est, quod de judicio agitur. In fr. 9

61) l. c. p. 280 n. 88.

pr. cit. praetera plane dicitur, servum absentem esse, fundum autem absentem venditum esse facile opinari possumus. Nullus, igitur, quod sciam, Ictus in illis legibus de praesente re agi putavit. Potius absentem esse rem statuendum esse complures dicunt, in primis Accursius in casu ante glossam ad fr. 83 §. 1 de verb. obl., quod ostenditur apud fr. 137 §. 1. eod. et in glossa ad fr. 9 pr. D. de contr. emt. ad vocem »absentem« et Exner[62]. Deinde in legibus velut fr. 4 D. de leg. I. fr. 9 §. 1 D. de her. inst. l. 10 C. de don. agitur quidem de discrepantia voluntatis a declaratione, sed ne in his quidem de re praesenti, sed de re absenti Consequitur hoc inde, quod in fr. 4 cit. et fr. 9 §. 1 cit. testamentum per mancipationem, quod fit tabulis scriptis, intelligendum est. L. 10 C cit. autem aperte dicit, donationem fundi instrumento factam esse.

Quum omnes illae leges opinionem meam non refutant, una ex iis, fr. 9 pr. D. de contr. emt. ei argumento est. Absentiam servi ab Ulpiano plane memoratam non parvi momenti fuisse, Ulpianum sententiam eo casu, quo servus praesens fuisset, non dicturum fuisse, crediderim. Sin autem ponatur, servum praesentem fuisse, in illo ipso errore in re versetur is, qui disponit. Deinde opinionem meam leges, quae spectant ad errorem, quem vocant in substantia[63], probant. Statuunt enim, etiam errore in qualitate interveniente negotium non valere, dummodo qualitas, qua res praedita esse putatur, communi hominum opinione efficiat, ut res in aliud rerum genus atque ad quod re vera pertinet, referenda sit[64]. Causa, cur statuitur, negotium non valere, non in eo consistit, quod jure naturali voluntas desit, sed quod aequum visum est, eum, cujus voluntas errore tam essentiali nitatur, adjuvari, quod simplicissime atque certissime eo efficiebatur, ut negotium non valere, aeque ac si

---

62) l. c. p. 265 n. 39.

63) fr. 9 §. 2, fr. 10, fr. 11 §. 1, fr. 14, fr. 41 §. 1, fr. 45 D. de contr. emt., fr. 22 D. de Verb. obl.. fr. 1 §. 2 de pign. act.

64) Savigny, System III. p. 283. Windscheid l. c. I. p. 166 sub 4 Puchta, Pand. §. 65.

voluntas deesset, lex statueret[65]. Ut res ita se habeat, non solum ex eo sequitur, quod in nonnullis earum legum dicitur, in corpore consentiri[66], sed etiam inde, quod non omnino negotium nullum esse statuitur, sed ita, ut intersit ejus, qui erraverit, i. e. eum, qui erraverit, errore non interveniente noluisse accipiendum sit. fr. 22 D. de verb. obl. fr. 1 §. 2. D. de pign. act.[67]. Quodsi eo, quod voluntas jure naturali deesset, leges illae niterentur, oporteret eas statuere, negotium nullum esse in omnibus casibus, in quibus erraretur in qualitate essentiali. Hunc ipsum, quem profert fr. 9 §. 2 D. de contr. emt., casum jam propono: Emit aliquis acetum praesens pro vino et apprehendit. Quin venditor et emtor consentire debeant in corpore, dubitari nequit. Ulpianus in ipso corpore non errari aperte dicit. Concedendum igitur est, voluntatem possidendi in eo, qui apprehendat, de aceto inesse. Negotium autem nullum est, quia emtor, si scivisset, acetum, non vinum esse, liquorem non emisset. Possessionem non acquiri, neque haec lex neque ulla alia dicit. Nec interest emtoris, possessionis acquisitionem nullam esse, quia melior est ejus conditio, si in securitatem repetendi pretii soluti acetum possideat, quam si non possideat. Non alia autem est ejus ratio, qui acetum emit et apprehendit, quum putat, dolium impletum esse certo vino, quod probavit ac venditori demonstravit dicens id esse, quod emere velit. Nam illud nullius momenti esse supra demonstravi, praeter illam apprehensam existere aliam certam rem, quae sit iis qualitatibus praedita, quae possessae inesse, qui apprehendit, falso existimet. Denique opinionem meam probat fr. 2 § 6 D. pro. emt., quae sola lex casum, de quo agitur, tractat. Dicit Paulus:

»Cum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est, Priscus ait, usu me eum non capturum, quia

65) de Savigny l. c. p. 291.

66) fr. 9 §. 2 D. de contr. emt., fr. 22 D. de Verb. oblig. fr. 1 §. 2 D. de pign. act.

67) cfr. de Savigny l. c. p. 298, qui addit casum, si quis vas aureum pro aurichalco emit.

id, quod emtum non sit, pro emtore usucapi non potest. Sed si fundus emtus sit et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas ejus possideatur, non singulae partes«.

Eum, cui venditus sit servus Stichus ac tradatur servus Dama, putare servum Stichum sibi esse traditum, sibi proponit in hac lege Paulus. Nam non solum ordo verborum »per ignoratiam mihi«, quum aliter dictum non esset, cujus ignorantia intelligeretur, sed etiam causa, cur Damam usucapi non posse Paulus dicit, prolata probat, verba »per ignorantiam« ad eum, cui tradatur, spectare. Nam si haec verba errore ejus, qui tradit, intelligere vellemus, scientia ejus, cui traditur, Damam sibi non esse venditum, prohiberet, ne usucapio fieret. In mala fide enim versaretur. Paulus igitur simplicius usucapionem hac de causa effici negasset [68]). Glossa ad verba »non potest« etiam eo illa verba pertinere opinatur dicens, usucapionem fieri posse, si error justissimus sit. Sin autem poneremus, verba illa non ad emtorem solum respicere, sententiam Ulpiani non ita, ut error tantum venditoris supponeretur, dictam esse credere nos oporteret, sed utroque vel altero errore posito, ut putare videtur Paulus de Cast. in summario ad fr. 2 §. 6 cit. Paulus possessionem Damae acquiri plane putavit. Qnod nisi ita esset, omnino quaerere non potuisset de usucapione Damae, cum »prius esset, ut, quod usucaptum diceretur, possessum foret [69])« Pro hac opinione loquitur etiam alter casus, qui in fr. cit. tractatur. Hoc possessionem fundi partis non emtae acquiri Paulus aperte dicit.

E. Sententia Ulpiani, secundo paragraphi primae casu prolata, possessionem acquiri, etiamsi vera esset ita, ut error in corpore illius tantum, qui mittitur, supponeretur, abhorreret, si de possessione per procuratorem acquirenda quaereretur, a sententia, quam de possessionis acquisitione in principio dixisset; sin autem de possessionis acquisitione proprio nomine efficienda quaereretur, Ulpiano vitio dandum esset, quod eo modo scripsisset,

68) fr. 2 pr. §. 1 D. pro emt.

69) fr. 44 §. 7; fr. 3; fr. 25 D. de usurp. et usuc.

ut sententia ejus facile falso accipi posset. Proxime enim, cum acquaeritur, num acquiratur possessio per procuratorem, negari non potest, ut supra demonstravi, procuratori, fundum Cornelianum esse Sempronianum, in quem ex mandato domini intrare et jussus sit et velit, putanti ideoque in hunc ineunti voluntatem inesse possessionis fundi, in quem ingrediatur, Corneliani domino acquirendae. Reperiuntur igitur omnia, quae desiderantur ad talem possessionis acquisitionem[70]: Neque objici potest, voluntatem procuratoris, sublato errore, perituram esse, nisi accesserint nova facta, itaque ex eo tempore domini animum possidendi per eum perfici non posse, nisi novum fiat mandatum de fundo Coneliano. Jubetur enim procurator tantum pro domino in fundum iniens ejus possessionem acquirere neque pro eo aliud quidquam agit. Satis igitur est, hoc ipso momento utrumque consentire in corpori fundi. Nemo autem non intelligit, inter se pugnaturum esse, si hic possessionem per procuratorem acquiri concederemus, in principio possessionem non acquiri contenderemus. Utroque casu voluntas, quoad hic valeat, eadem est. Apparet igitur, utroque casu voluntatem aequaliter vel accipiendam esse vel negandam[71]). Deinde, si secundo paragraphi primae casu quaerimus de possessionis proprio nomine acquisitione, sententia Ulpiani et ipsa recta sit. Parte altera demonstrare conabor, Ulpianum possessionem acquiri putasse proprio nomine, rebus in personis ejus, qui mittit, et domini actis, quae sunt eaedem sive »Sempronianum« sive »Cornelianum« legitur. Disquirentibus nobis, num proprio nomine ab eo, qui missus est, possessio acquiratur, nullius momenti esse voluntatem procuratoris planum est Modum autem et rationem si considerabimus, qua Ulpianus sententiam, possessionem acquiri, secundo paragraphi primae casu profert, videbimus retentam vocem »Cornelianum« non pati, ut censeamus, Ulpianum acquisitionem possessionis proprio nomine effici putavisse. Nam si procuratorem ineuntem in fundum Cornelianum fecisset Ulpianus, praesertim cum in errore in corpore

70) de Savigny, Besitz p. 312.
71) cfr. Exner l. c. p. 130 n. 22.

fundi versaretur, haud scio an necesse fuisset diceret, ne possessio rebus in persona procuratoris actis acquisita esse putaretur, possessionem proprio nomine acquiri, inprimis, cum in primo paragraphi primae casu jam de possessione per procuratorem acquisita agatur, nec facile credendum est, nude ac facile eum possessionem acquisitam esse dixisse Hic igitur sententiae proferendae modus intelligi tantum potest, si procurator non versatur in secundo illo in corpore errore, sed si potius non init in fundum Cornelianum, igitur, si legitur, »Sempronianum«, quia hoc casu falsa illa opinio emergere non potest.

Argumentis adhuc expositis probasse mihi videor, Ulpianum omnibus locis dissensum in corpore respexisse. Quae quum ita sint, num eum dixisse »in Cornelianum iero«, ac non potius »in Sempronianum iero« ut ex ipsa dissensus natura sequitur, opinemur? Minime crediderim. Hac enim re, temere majorem impeditioremque causam proposuisset, quod multum detrimenti sententiae perspicuitati attulisset, animum convertisset in factum inutile. Brinz [72]), qui recte retinere vocem »Cornelianum« putat, hanc causam, quare Ulpianum ita dicere necesse fuisset, profert, quod, si eum, qui missus sit, in fundum Sempronianum intrare dixisset, »kein Anlass vorhanden gewesen sei, den error nominis von dem error (dissensus) in corpore zu unterscheiden«. Quae causa difficilis ad intelligendum est. Ulpianus omnino non de eo casu, si in nomine erratur, quaerere vult, sed potius de hoc ipso casu, quo fundus Cornelianus atque fundus Sempronianus duo corpora efficiunt. Ideo interserit verba explicantia »nisi« usque »consenserimus«, quibus id ipsum agit, ut cogitatio de solo in nomine errore removeatur. Debuit igitur vitare verba, quae magis pertinent ad errorem in nomine, quam ad errorem in corpore. Quum autem verba »in Cornelianum iero« ad errorem in nomine spectent, inde id ipsum sequitur, ut Ulpianus iis non usus sit, sed verbis »in Sempronianum iero«. Neque vero, si Ulpianus talia verba eligere voluisset, quae ad utrumque

72) l. c. (Jahrbuch) p. 27.

errorem respicerent, et »in Sempronianum iero« dixisset, verba »nisi« usque »consenserimus« interjectionem inutilem supervacaneamque non continerent, quod vocem »Sempronianum« adhibitam esse de alio ejusdem fundi nomine credere possumus nec necessario aliud corpus intelligendum est.

II. Causa ipsa, quam Ulpianus verbis »in Cornelianum iero« fecisset, non vocabulo »Cornelianum« facet, sed vocabulo »Sempronianum«. Si vel is, cui traditur, vel ejus procurator in fundum Sempronianum se esse missum putat, exspectari quoque potest, eum in hunc fundum inire. Quae quum ita sint, causa pro Ulpiani sentiendi dicendique consuetudine naturalis simplexque est. Sin autem init in fundum Cornelianum, causa exquisita, minime simplex est. Sin autem porro proponitur, inire eum errore in corpore inductum, causa vix cogitari potest. Eum, qui missus sit, quum eo tempore, quo mittatur, in fundum Sempronianum missum se esse opinetur, cogitationem fundi Semproniani animo informare eumque novisse et discernere a fundo Corneliano necesse est. Ejus enim voluntas, qui fingit cogitatione, fundum Sempronianum non certum fundum sibi notum esse, non ad alium fundum spectaret, sed ad fundum vacuefactum, quem certis qualitatibus instructum esse putaret, quarum eo inscio alius fundus isque Sempronianus esset. Quomodo igitur, quum fundum Sempronianum ita novit, in fundum Cornelianum errore inductus inire potest, quum praesertim ineat paulo post id tempus, quo mittitur?

III. Verba »ego putarem, me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero« malam dicendi rationem exhibent. Oppositio, quae logice constat inter errorem ejus, qui missus est, de declaratione ejus, qui mittit, et inter introitum in fundum Cornelianum, verbis expressa non est. Verbis illis opponuntur tantum voluntas ejus, qui mittit, et ejus, qui missus est. Sequentia verba »et« usque »iero« continent, quod consequitur ex errore ejus, qui missus est. Ordo verborum igitur soli vocabulo »Sempronianum« suffragatur.

IV. Retenta voce »Cornelianum«, Ulpiani sententia, principio prolata, possessionem non acquiri, falsa est, responsio

autem, secundo paragraphi primae casu dicta, possessionem acquiri, recta quidem est, quia possessio proprio nomine acquiritur, sed Ulpianum, ne falsam opinionem efficeret, clarius dicere oportebat. Ex verbis Ulpiani sequeretur, ut acciperemus, possessionem per procuratorem acquisitam esse. Quae opinio, si is, qui missus est, in altero quoque errore in corpore versatur, repugnat responsioni in principio prolatae, si non versatur, falsa est. Sin autem legitur »in Sempronianum«, omnes responsiones rectae ac dilucidae sunt. Praesertim secundo paragraphi primae casu possessionis acquisitio proprio nomine intelligi potest. Proximae opinionis probationem parte secunda afferre studebo. Hic mihi satis est, demonstrare ea, quae de sententiarum vi retento vocabulo »Cornelianum« dixi. Sub I, D. supra inveni, rem ita se habere, si eum, qui missus sit, in altero errore quoque in corpore versari ponatur. Reliquum igitur est, ut explicem, rem esse eandem, si is, qui missus sit, non illo inductus errore sed discernens fundum Cornelianum a Semproniano ineat in fundum Cornelianum. Casu principii, quum dubitari non posse viderimus, quin is, qui missus est, intret affectus animo, hunc ipsum fundum Cornelianum possidendi, possessionem ejus non acquiri ita defendi possit, aut ut fundi possessio Corneliani non sit vacuefacta aut ut is, qui missus sit, eam vacuefactam esse non existimet. Pro opinione, possessionem ab eo, qui miserit, non esse vacuefactam, haec forte dici possint. Ex eo, quod is, qui mittit, alterum in possessionem ea sola de causa mittit, quia ex praecedenti obligatus est causa, et eum, qui missus est, jure possidendi ex hac orto inire putat, sequi videtur, ut ejus, qui mittit, voluntas possessionem vacuam relinquendi pendeat ex eo, ut alter affectus ea ipsa voluntate fundum ex illa obligatione vacuefactum possidendi ineat. Qui quum hoc animo non ingrediatur, porro videre potest voluntas vacuam possessionem relinquendi in eo, qui mittit, re vera non inesse. Nec huic opinione repugnat, quod, si quis cuidam personae, quam aliam esse putet, mutuum det, neque, mutuum fieri neque dominium pecuniae transferri, sed possessio-

nem acquiri nonnullis legibus[73]) dicitur. Hoc casu detentionem actu corporali remittit is, qui mutuum dat, et acquirit, qui accipit mutuum. Quod quum sub conditione fieri non possit, quo spectet voluntas remittentis, non refert. Casu, de quo principio nostro agitur, possessio ac detentio remittitur et acquiritur voluntatis declaratione, quae conditionem patitur. Sed illa objectio ut falsa sit, ex simplici potius contemplatione voluntatis ejus, qui mittit, consequitur. Hic enim, quum voluntatem repetat ex traditionis causa ideoque alterum possessionem fundi ex illa causa vacuefactam acquisiturum esse putet, voluntatem suam neque cum eo, quod causa valeat[74]), neque cum eo, quod alter hac ipsa voluntate ineat, cunjungere nobis videri potest, saltem non ita, ut fundi possessionem sub hac conditione omittere nollet, si alter omnino intraret, sed tunc demum vellet, si illo animo intraret, id quod sibi repugnaret. Sola potius voluntatis conditio ejus, qui mittit, quod capite actavo demonstrabo, haec est, eum, cui tradatur, possessionem vacuefactam acquirere posse, ad quod is, qui tradere debet, praestandum ex causa tradendi obligatus est. Quod si potest is, cui traditur, ex eo tempore, quo potest, possessionem ille dimittere vult[75]). Contra qnodammodo sub conditione resolutiva recedere de possessione is, qui tradit, intelligi possit. Possit enim cogitari, omissionem possessionis eum non ratam habiturum, si is, cui traditur, non, quod nunc credit, voluntate in troiturus sit fundum ut ab illo ex causa tradendi vacuefactum possidendi. Sed hoc casu voluntas possessionem omittendi nunc ei insit atque possessio vacua et acquisita sit, et de eo tantum quaeri possit, num conditione impleta possessio ab illo, cui tradita sit, amittatur[76]). Alteram dubitationem si consideramus, primum non necessario credendum est, illum, qui ineat, fundum Cornelianum non vacuum esse putavisse. Ulpianus causae, ex qua ille ineat,

73) fr. 52 §. 21. fr. 66 §. 4 D. de furt. fur tantum est, qui possessionem acquirit fr. 67 pr. D. de furt.

74) fr. 1 §. 4 D. de poss.

75) fr. 18 pr. D. de vi.

76) fr. 17 §. 1 D. de poss.

mentionem non facit. Sed etiamsi ponamus, rem re vera ita se habere, tamen possessio acquisita sit, quum fundus vacuus sit isque, qui ineat, eam apisci velit. Quam opinionem nos probare praecipue necesse est, si opinionem de natura possessionis cummunem sequimur. Facultas enim pro lubitu de re disponendi, dum modo in externa natura adsit, possessionem esse acquisitam nobis videndum est, quamquam possessor, quibus affecta sit facultas illa, fortasse non novit nec scit, facultatem illam ad se pertinere. Quae de conscientia facultatis illius de Savigny 77) dixit, non pro contraria sententia agere mihi videntur. Certe, utrum opinio, possessionem, possessore facultatem illam nesciente, non acquiri, recta sit necne, valde dubitari potest. Argumenta sunt haec exempla. In fr. 18 §. 2 D. de poss. non postulatur, ut is, qui possessionem acquirere velit, depositionem in domo factam esse sciat. Quis igitur deinde emtorem, a quo servus rem emtam ex domo venditoris petere jussus sit, possessionem acquirere neget, quamquam venditoris jussu, priusquam servus advenerit, in domo emtoris res nesciente emtore deposita est? Probat deinde opinionem nostram fr. 33 D. de poss. comparatum cum fr. 5 eod. In fr. 33 D. cit. secundum opinionem communem 78) Pomponius negare non vult, possessionem acquiri, sed id unum, pro emtore possideri. Defendit autem Pomponii dictum opinionem nostram, quum, si scientiam facultatis naturalis pro lubitu de re disponendi ad possessionem acquirendam desiderari putasset, verba de eo, emtorem mandatum novisse, facere eum oporteret, qua de re lex nihil continet. Denique hoc argumentum afferam. Possessio fundi non clam, sed ita acquiritur, ut is, qui adhuc

---

77) l. c. (Besitz) p. 238.

78) Aliter sentit Brinz (Jahrbuch l. c. p. 45) fr. 12, 14 §. 1 D. de sol. nisus, ubi „non recte solvere" omnino non solvere intelligendum est. Sed vocabulum „recte" etiam verbo „vitiose" contrarium est e. g. fr. 3 pr. fr. 6 D. de itin. act. priv. Praesertim „recte possidere" eandem rem, quam „sive vitio possidere", significat e. g. l. 12 C. de contr. nupt. l. 1 C. unde vi cfr. fr. 44 D. de don. int. vir. et ux. Ut hanc vim in fr. 33 cit. habeat, sequitur ex fr. 5 D. cit., quo plane possessio acquiri dicitur.

possidet fundum, alium possessionem occupasse sciat et aut dejiciatur aut possessionem omittat. Posteriori casu posito, quonam tempore possessio acquiritur? Quantum equidem sciam, adhuc dubitatum non est, quin eo tempore acquiratur, quo, qui adhuc possidet, possessionis omittendae consilium capit. Quamquam plane hoc nulla lex earum, quae huc spectant [79], dicit. Hae omnes leges ipsam possessionis amissionem tractant, quia, quae hujus ratio sit, enucleare Ictis tantum curae est. Sed ex iis, quae ibi dicuntur, simpliciter illud, quod de acquirenda possessione protuli, sequitur, ita ut Icti, si aliter sensissent, id certo commemorassent [80]. Si opinio illa, possessionem non acquiri nisi eo, qui possidere velit, facultatem de re disponendi sciente, recta esset, possessionem ita acquiri, ut is, qui eam occuparet, novisset omissam eam esse, nobis credendum esset. Quod enim obstat exercendae facultati illi, nihil aliud est, nisi voluntas ejus, qui adhuc possidet.

Sed faciamus, Ulpiani sententiam principio prolatam, possessionem non acquiri, rectam esse, secundum ea, quae disserui, apertum est, sententiam nequaquam omni carere dubitatione. Exspectandum igitur erat, Ulpianum non eam ab initio propositionem, quae per se intelligeretur, protulisse, sed ejus argumenta attulisse. Quod si postea affert, fortuito casu fit nec ab initio propositum est. Sin autem »in Sempronianum iero« legitur, in modo illo proferendae sententiae non offendimus. Quum animus possidendi neque spectet ad fundum Cornelianum neque in eo perficiatur, nihil dubitationis in illa sententia relictum est.

Restat, ut probem, secundo paragraphi primae casu, si faciamus, procuratorem fundum Cornelianum a Semproniano discernentem intrare in fundum Cornelianum, possessionem per procuratorem non acquiri. Hoc plane ex eo sequitur, quod procurator, quum in eum, in quem futuro tempore mittatur,

79) fr. 46; fr. 3 §. 7 et 8; fr. 18 §. 3 et 4; fr. 25 §. 2; fr. 6 §. 1; fr. 7 D. de poss.

80) cfr. de Savigny, Besitz p. 349 sequ, Böcking l. c p 466, Puchta, Vorlesungen §. 131.

fundum nomine domini introire jussus sit et in fundum Sempronianum se missum putet, ex mandato in hunc tantum fundum ingredi neque ~~ejus~~ voluntatis esse potest fundi possessionem Corneliani domino acquirendi. Non enim licet fr. 13 D. de don. contrariae opinionis argumentum afferre, quum hac lege reservatio mentalis intelligenda sit [81].

V. Verba »et si« usque »acquisita est« contraria sunt verbis »in Cornelianum iero« et ita perspicua sunt, ut legatur »in Sempronianum iero«. Haec verba plane dubitationem habent, num acquiratur possessio fundi Corneliani. De Semproniani enim fundi possessione nequaquam agitur, neque si legitur »in Sempronianum iero«. Quaerit Ulpianus, si possessio animo — quod verbum »solo animo« opposito »animo et corpore« haud dubie intelligendum est — acquiri potest, num etiam acquisita sit possessio fundi Corneliani, quum is, qui missus sit, ejus voluntatis fuerit, possessionem ejus, in quem mittatur, fundi acquirendi atque is, qui miserit, fundum Cornelianum vacuum relinquere se declaraverit. Si Ulpianus sibi proposuerit, eum, qui missus sit, in fundum Sempronianum inire, fundi Corneliani, in quem non ingreditur, possessio, si omnino acquiratur, non animo et corpore, sed solo animo acquisita sit. Hoc igitur casu aptissima est illa dubitatio. Sin autem legitur »in Cornelianum iero«, quum iniret is, qui missus est, in fundum Cornelianum, possessio hujus fundi, si re vera acquisita esset, non solo animo, sed animo et corpore acquita esset. Neutiquam igitur idonea illa dubitatio esset. Hanc potius dubitationem Ulpiano dari oportebat, eum, qui missus sit, iniisse in fundum Cornelianum. Quae verba illi viri docti, qui legem nostram interpretati sunt, vocem »Cornelianum retinentes alii silentio praeterierunt, alii iis inducti sunt, ut de lege perversissime exponerent. Copiosius explicantes haec verba dicunt e. g. de Scheurl [82]): »Ja man könnte hier um so mehr geneigt sein, den Verlust des Besitzes bei dir anzunehmen, weil ich hier wirklich

81) Arndt. l. c. p. 210 n. 3 et loci ibi additi.
82) l. c. p. 203.

den Besitz corpore erworben habe und nur noch animo zu erwerben brauche, um juristischer Besitzer zu sein« et Lenz[83]): »Du bist hineingegangen und das konnte doch nicht ohne deinen Willen geschehn«. Ita ea intellexisse verba Ulpianum minime credere possumus.

VI. fr. 34 in editione Florentina pluribus locis corrupta est. Habentur in ea, ut supra commemoravi[84]) »quoniam« pro »quando« et »consenserimus« pro »non consenserimus«. Male deinde legitur in paragrapho secunda, Vitellius scribit« pro »ut Celsus scribit«, cujus dicti Lenzium[85]) testem affero. Nonne igitur facile cogitari potest, etiam vocabulum »Cornelianum« esse corruptum, praesertim quum verba »Cornelianum« ac »Sempronianum secundum litterarum ductum non minus facile commutari posse intelligamus quam illa verba[86])? At enim in editionibus vulgatis, quae ceteris carent vitiis, vox »Cornelianum« invenitur. Sed hoc mirari non possumus, postquam Mommsen probavit, totum Digestum novum, cujus ipse titulus de acqu. vel. am poss. pars sit, ex editione Florentina esse ortum omnesque ab ea discrepantias glossematis atque conjecturis effectas esse[87]).

VII. Denique Basilica[88]) opinionem meam probant. Explicant enim casum hisce verbis »si in possessionem agri quasi missus in alium iero, possessionem non adipiscor«, quae nisi supposito verbo »Sempronianum« intelligi non posse apparet. Ut hoc quoque addam, etiam Böcking[89]) qui dicit: »Du willst mir den Besitz des fundus A geben, ich ergreife den des fundus B, dann — sagt Ulp. in fr. 34 pr. cit. — non acquiram possessionem« et Sintenis[90]) explicans:

83) l. c. p. 235.
84) p. 7.
85) l. c. p. 231 n. 2.
86) cfr. Fuchs, kritische Studien p. 69 sub VIII.
87) Jahrbuch des gem Deutschen Rechts von Bekker und Muther vol. V. n. 18 p. 428 sequ.
88) 50, 2, 33.
89) l. c. I. p. 467 apud n. 14.
90) Civilrecht § 45 n. 21.

»Bei der Uebertragung des Besitzes auf einen Andern, wenn dieser im Gegenstand irrt und einen falschen ergreift, geht der Besitz des Andern nicht verloren« putandi sunt »in Sempronianum iero« legere, quamvis non verbis, sed re prae se ferant.

Pars II.

Transeo nunc ad interpretationem fragmenti, supposita causa, sicut in priori parte inveni. Respicienti mihi juris normas ab Ulpiano adhibitas aptum videtur, ejus sententias, quas continet lex, ita distinguere atque tractare.

I. Ulpianus principio Sejum possessionem non acquirere, at secundo paragraphi primae casu acquirere dicit

II. Ulpianus primo paragraphi primae casu Sejum possessionem acquirere dicit.

III. Titius, utrum amittat possessionem necne, ex eo pendere dicit, num possessio interveniente dissensu a Sejo acquiratur.

Caput VI.

Ulpianus principio Sejum possessionem non acquirere, at secundo paragraphi primae casu acquirere dicit.

His sententiis Ulpianum agnovisse censeo, possessionem agri solo animo ejus, qui missus sit in eum, acquiri nec necessarium esse, eum in agrum possidendum inire aut prope ad eum praesentem esse.

Quod priusquam demonstrem lege nostra contineri, breviter mihi disquirendum est, qualis ratio intercedat inter hoc dictum et doctrinam, quae spectat ad possessionis fundorum acquisitionem, et ceteros fontes huc pertinentes. Quamquam enim probasse me puto, vocem »Cornelianum« servandam non esse, atque pleraque argumenta, quibus hoc ostendi, plurimum valent ad verbum »Sempronianum« legendum, tamen interpretationem meam, quia ea nitor conjectura, non plene comprobasse mihi videor, nisi demonstrem, illud Ulpiani congruere cum iis,

quae ceterum de possessionis fundorum acquisitione fontes doceant, doctrinamque, quoad ei repugnet, falsa legum interpretatione positam esse. Hoc meum est maxime propterea, quod hodie Icti, de Savigny sententiam sequentes, censent, possessionem fundi, exceptis iis casibus, quibus is, qui eam acquirere velit, jam alieno nomine detineat fundum, omnino non acquiri, nisi is, qui possidere velit, aut in fundum ineat aut juxta fundum praesens sit. Illa disquisitio quoque occasionem mihi praebet ad definiendam regulam ab Ulpiano adhibitam »possessio animo acquiri potest«, quod ad possessionem fundorum spectet.

Secundum opinionem communem possessionem facultatem naturalem pro lubitu de re disponendi definiri patet. Quam definitionem nuper demum Ihering[91]) pervertere conatus est. Ejus enim sententia vis et natura possessionis, quacum facultas illa naturalis neque semper neque necessario sit conjuncta, potius id est, quod significat »Thatsächlichkeit des Eigenthums« atque intelligit »den normalen äussern Zustand der Sache, in dem sie ihre ökonomische Bestimmung, dem Menschen zu dienen, erfülle[92])«. Ab hac Iheringii opinione maxime alienum est illud, praesentiam in fundo aut juxta fundum necessariam esse ad possessionis ejus acquisitionem. Consequitur potius ex ea, ad acquirendam possessionem omne, quo res in illum statum rationemque instituatur, factum, praecipue autem ad transferendam possessionem sufficere, rem ita esse gestam, ut rem possessam non jam tradentis, sed acquirentis usui servire apertum sit. Serviunt autem fundi, inprimis agri usui hominum in iis non praesentium. Eum igitur, qui possessionem fundi acquirere velit, sive tradita est sive tradita non est, in fundum ingredi vel juxta eum esse oportere non apparet. De traditione ad adducendos illos effectus aptissimae sunt illae ipsae, quas continet missio in possessionem, voluntatis declarationes. Ut igitur ex opinione Iheringii illud Ulpiani mirum esse nobis videatur, tantum abest, ut necessario consequatur. Ideo, si recta

91) Beiträge zur Lehre vom Besitz. Jena 1868 — Jahrbuch IX, 1.
92) l. c. 44. 136. 161. 153.

esset opinio, eum, qui possessionem acquirere velit, in fundo aut juxta fundum necessario praesentem esse oportere, hoc in fortuita causa positum esse nobis credendum esset. Quod quidem Ihering [93]) retinens illam opinionem explicat, adjiciens quoque, praesentiam aptissime quadam re, in qua voluntas illa cernatur, expleri.

Eorum, qui communem de natura possessionis opinionem sequuntur, plerique cum de Savigny sententia consentiunt. Cui illud Ulpiani non convenire luce clarius est. Statuit [94]), ut hoc admoneam, ad possessionem acquirendam exceptis iis casibus quibus »das physische Verhältniss schon vorher existire.« — brevi manu traditio, traditio sub conditione facta — generaliter actionem necessariam esse, qua efficiatur, ut facultas physica praesens vel proxima. — »unmittelbar« — sit, pro lubitu de re disponendi aliorumque dispositiones prohibendi, contra ad continuandam possessionem praesentem illam facultatem non postulari, sed tantum facultatem illius reproducendae; factum illud ad acquisitionem possessionis necessarium in fundorum possessione consistere in corporali vel personali praesentia in fundo aut juxta fundum. Praecipue autem ea, quae Ihering et Lenz explicarunt, ita comparata sunt, ut nobis persuadeamus, duas eas ipsas de Savigny opiniones, quae nostrae opinioni repugnent, probari non posse. Sunt quidem haec primum, ad acquirendam possessionem, opposita ejus continuatione, omnino necessariam esse praesentem vel proximam facultatem illam et deinde, ad eandem acquirendam ejus, qui possidere velit, actionem desiderari, qua facultas illa efficiatur. Recta opinio potius haec mihi esse videtur, nullum intercedere discrimen inter naturalem rei pro persona rationem tempore initii et continuationis possessionis nihilque referre, quonam modo ratio illa sit effecta.

Prioris opinionis maximum argumentum, a de Savigny prolatum, hoc est, quod omnibus casibus, quibus legibus pos-

93) l. c. p. 175 sequ.

94) l. c. p. 206. 211. 213. 215 sequ. 238 sequ. 242.

sessionem corpore acquiri comprobetur, praesens illa facultas sit, necessariam eam haberi cogitatione concludendum esse. Cujus conclusionis propositio falsa est. De Savigny non solum singulis legibus, ne discrepet ab illa opinione, praesentiam ejus, qui possidere vult, inserere cogitur — l. 1 c. de don. fr. 1 §. 21 D. de poss fr. 9 §. 6 de dom.[95]) sed etiam, quod majoris momenti est, sunt nonnulla Ictorum Romanorum recepta dicta, quae ad illam opinionem nequaquam referri possunt, fr. 18 §. 2 D. de poss., fr. 9 §. 3 D. de jur. dot., quibus possessionem acquiri probatur depositione in domo vel illatione in domum ejus, qui possidere vult, et fr. 55 D. de dom., quo apri in laqueum in silva positum incidentis possessionem acquiri dicitur, quamquam utroque casu is, qui possidere vult, praesens non est. Nec mirari possumus, non plures leges talia exempla praebere, quam e rerum natura longe plerisque casibus ipsa apprehensione postea non perseveranti possessio acquiratur ideoque nihil facilius intelligendum sit, quam paene in omnibus legibus acquirentis praesentiam poni. Nec melius cetera argumenta pro illa opinione allata se habent. Proxime enim nulla lege generaliter continetur. Nam male ac contorte revocari regulam Nervae in fr. 3 §. 13 D. de poss. ad solam continuationem, non ad acquisitionem possessionis[96]) equidem puto. Spectat simpliciter ad totam possessionem ab initio usque ad finem. Nihil deinde ex regula de amittenda possessione fr. 153 D. de reg. per. prolata pro opinione illa effici potest, ut Rudorff[97]) putat. Verba enim »corpore in contrarium acto« nullo alio sensu intelligi possunt nisi, corpus, quod ad acquirendam requiratur possessionem, sublatam vel peremtam esse, non secus ac verba »animo in contrarium acto« voluntatem possidendi esse sublatam sive quod animus contrarius intervenit sive quod is, qui possidet, non jam velle potest.[98]) Ex regula illa igitur nequaquam concludendum

95) Jhering l. c. p. 137.
96) de Savigny l. c. (Besitz) p. 339.
97) nr. 98 in appendice ad de Savigny (Besitz) l. c.
98) cfr. Randa l. c. p. 211 n. 4.

est ,quale corpus esse oporteat et num aliud sit in acquirenda, aliud in continuanda possessione. De Savigny [99]) porro fr. 3 §. 3 D. de poss. et fr. 15 D. ad exh. collata fr. 44 D. de poss. argumento sibi esse putat, quibus eandem rem ad continuationem possessionis sufficere, ad acquisitionem non sufficere dicatur. Quae opinio primum in falsa, ut equidem credo, fr. 3 cit. interpretatione nititur. De Savigny [100]) causam, ex qua possessionem thesauri nondum effossi acquiri in fr. 3 cit. negetur, hanc esse putat, quod thesaurus in terra conditus, priusquam effodiatur, praesens non sit. Quae causa recta intelligi non potest. Si ponamus, eum, qui possidere velit, scire locum, ubi sit conditus, opinio illa non modo ei repugnet, quod de Savigny alio loco [101]), hoc casu thesauri in aedificio conditi possessionem acquiri dicit, sed etiam fr. 74 D. de contr. emt. [102]). Ad quaestionem enim, num praesens facultas naturalis pro lubitu de re disponendi sit, quid interest inter hunc casum, quo is, qui possessionem acquirere vult, eo loco, ubi in altitudine unius pedis conditum esse thesaurum scit, solus praesens est, eique, quod facile efficere potest, paulum humi ejicere tantum opus est, et inter illum fr. 74 cit., quo ei, cui traditur possessio, apud horrea clausa claves traduntur? Posteriori autem casu possessionem acquiri lex aperte dicit. Temere autem ponamus, locum, quo conditus sit thesaurus, cognitum non esse, quod nullum ejus rei argumentum fr. 3 §. 3 cit. praebet. Quo posito praeterea acquiri possessionem nobis videndum sit, dummodo ne fundus, in quo positus est thesaurus, longe lateque pateat, ne facile pervestigari possit. Utrumcunque casum ponimus, contra de Savigny interpretationem sunt verba »nisi si loco motus sit,« quae significant, manibus apprehensum esse thesaurum Quibus verbis de Savigny versione »Ausgraben«, quod verbum idem significare vult, quod

99) l. c. p. 239 n. 2.
100) l. c. p. 235 n. 1.
101) l. c. p. 230 n. 1.
102) cfr. fr. 1 §. 21 D. de poss., fr. 9 §. 6 D. de dom.

denotant verba »Aufgraben« »Bloslegen« [103]), vim infert. Nec eo, quod porro dicit, vix cogitari posse, quemquam thesaurum patefacturum nec apprehensurum esse, effecit, ut, quam ob rem Paulus possessionem thesauri ipsa patefactione acquiri non dixerit, intelligamus. Argumentum inde ductum, Pauli tantum interfuisse, opinionem sententiae Neratii contrariam exprimere, idoneum mihi non videtur. De definienda re quum certo ageretur, qua acquireretur possessio, et aliud sit patefacere, aliud loco movere, nobis non credendum est, aliud pro alio dixisse Ulpianum. Refutatur praeterea aperte illud argumentum fr. 15 cit., in quo, quum hic momentum, quo possessio acquiratur, subtiliter atque accurate significandum sit, possessionem loco motione acquiri etiam dicitur. Falsa deinde mihi esse videtur opinio de Savigny, omnibus illis locis eundem tractari casum. Immo vero sunt plane diversi, quos tractant, casus. In fr. 44 pr. cit. de thesauro agitur ab ipso possessore custodiae causa defosso; hunc igitur defossum esse is solus scit. In fr. 3 § 3 cit. atque fr. 15 cit contra de thesauro quaeritur ab alio terra obruto, quem obrutum esse hic quoque et alii, quibus forte dixerit, ut post ejus mortem eruant, sciunt. Qua ex diversitate casuum diversa ad quaestionem de possessione responsio sequitur. Facultas enim naturalis de re pro lubitu disponendi vel eam apprehendendi, ut possessio efficiatur, ut non subita tantum, sed secundum vulgarem rerum naturam constans ac perpetua sit, postulatur [104]). Is, qui defodit thesaurum, quum hoc solus sciat, secundum rerum cursum atque naturam habet illam facultatem constan-

103) l. c. p. 236 n. 1.

104) fr. 22 D. de poss. Ne longus sim et fines, quibus haec commentatio circumscribenda est, excedam, me hujus legis interpretatione atque probatione, hanc vim ei inesse, hoc loco abstinere debeo. Interna illius rei causa haec est, quod vulgaris rerum usus, cujus causa possessio comparata est, ita fit, ut non solum de re sed etiam de tempore pro lubitu de re disponere personae liceat. Unde sequitur, ut e. g. fur, qui absente domino in ejus domo apud rem, quam eam furari velle apertum est, solus praesens sit, non possideat, priusquam rem contrectet. cfr. Böcking l. c. p. 462 n. 30, Westphal l. c. p. 34.

tem perpetuamque. Possessio igitur ab eo tunc demum amittitur, si necopinato quis thesaurum invenit atque contrectat. Is contra, qui thesaurum non defodit, quamquam scit, thesaumum in fundo esse conditum et locum, ubi sit conditus, immo quamquam solus praesens est in fundo, caret facultate illa constante, quum omni temporis momento thesaurus ab eo, qui defodit aut ab aliis, quibus ille ibi conditum esse dixerit, effodi exspectandum sit. Huic igitur possessio thesauri ita acquiritur, ut eum contrectet [105]).

At enim duobus casibus possessio continuatur talibus rebus, quibus non acquiritur. Et allati sunt ad defendendam illam de Savigny opinionem. At, quod probandum est, non probant. Prior est is, ad quem pertinet regula, possessionem retineri quidem, sed non acquiri solo animo [106]) qua regula illius opinionis argumentum contineri Rudorff [107]) perperam ponere mihi videtur. Quum enim ad solorum fundorum possessionem spectet, ex eo consequi non potest generalis regula, quam de Savigny protulit. Praeterea infra cognoscemus, ejus regulae manifestam rationem esse progressum notionis, quam de possessione Icti diversis temporibus habuerint, atque jure Justinianeo ita in angustum locum conclusam esse regulam, nt nequaquam generalis haberi possit Alter casus pertinet ad servi possessionem. Servorum absentiam et eorum, quae consuetudinem revertendi habeant, animalium possessionem iis conditionibus non acquiri, quibus retineatur, id quod Baron [108]) ac Rudorff [109]) putant, non satis comprobatum est. Recte quidem Baron sentit, de corpore possessionis animalium, quae consuetudinem revertendi habeant, inter Ictos Romanos controversiam ortam, sed receptis fr. 3 §. 16 et fr. 47, D. de poss. eo compositam esse, ut ea ipsa re,

---

105) Randa l. c. p. 111 sub 3.

106) Gaj. IV, 153, §. 5 I. de interd.; fr. 30 §. 5. fr. 3 §. 6 D. de poss. l. 4 C. de poss.

107) l. c. Beitrag 71 p. 644 n. 1.

108) l. c. p. 135.

109) l. c. p. 642.

quod illam consuetudinem habeant, corpus possessionis efficiatur, absentis autem hominis possessionem retineri jam Nervam censuisse [110]. Sed consuetudinem revertendi in retinenda tantum possessione, non in acquirenda sufficientem habitam esse, neque jus naturale fert neque leges statuunt. Quid? Num credamus, cum praedii possessione possessionem animalium consuetudinem eo revertendi habentium, quae eo tempore, quo in possessionem praedii ingrediar, absint, non prius acquiri, quam redeant? et in fr. 48 D de poss. servi, quo tempore servus remissus redeat, absentis non statim acquiri, sed tunc demum, quum redeat? Nec sola lex, in qua hac de re agitur, fr. 47 D de poss. probat illam opinionem. Tractat enim nihil aliud nisi discrimen, quod intercedat ex ratione servi inter ejus et aliarum rerum possessionis corpus. Quamquam longe alia conditio est servi fugitivi possessionis, quae tamdiu retinetur, quamdiu ab alio non possidetur [111]. Neque vero hoc confirmat de Savigny opinionem, quum possessionem illam utilitatis causa retentam fingi de Savigny ipse dicat [112] et apertissimum sit, facultatem naturalem pro lubitu disponendi minime in servum fugitivum cadere.

In posteriore de Savigny opinione supradicta, quae cum Ulpiani dicto pugnat, ad acquirendam possessionem actionem requiri, qua facultas naturalis de re pro lubitu disponendi efficiatur, contra quam Lenz [113] jam multa verba fecit, hoc vitium inesse mihi videtur, quod id, quod plerumque e rerum natura fieri soleat, necessarium esse putat. Quam opinionem si integre judicaverimus, retineri non posse facile videbimus. De Savigny [114] ita actionem illam necessariam non esse dicit, »wenn das factische Verhältniss schon vorher, ehe der Besitz erworben werden solle, existire.“ In medio relinquit, utrum

110) fr. 3 §. 13 D. de poss. fr. 47 eod.

111) fr. 1 §. 14 D. de poss., fr. 17 §. 3 D. de furt. et loci apud Baron l. c. p. 137 citati.

112) l. c. p. 342, cfr. fr. 1 §. 14; fr. 15 D. de poss.

113) l. c. p. 98. 171. 206.

114) l. c. p. 242 sequ.

hanc exceptionem iis tantum casibus valere velit, quibus is, qui possessionem acquirere velit, statum illum adesse sciat atque sibi facultatem illam de re disponendi praebere velit, an omnibus, quibus adsit status. Exempla, quae affert, — brevi manu traditio, traditio sub conditione facta — quum illud eum sensisse indicent, contra alio loco [115]) dicit, thesauri in aedificio defossi possessionem acquiri, quo tempore possessor aedificii thesaurum ibi positum esse sciat et possessionem acquirere velit. Non satis igitur apparere mihi videtur, quid sibi velit illa opinio. Sed, qualiscunque illa exceptio est, regulam falsam esse eam probare credo. Quodsi illi opinioni posteriorem sensum subjicimus, regula eo redit, omnino, quum res, quae efficiant facultatem de re disponendi, nondum sint natae, eum, qui possidere velit, ea generare demum necesse esse, in qua nullius momenti esse apertum esset, quomodo fierent. Sin autem eam posteriorem vim habere ponamus, ad absurdas pervenire nobis videmur conclusiones. Actionem apprehendendi a de Savigny propriam ejus, qui acquirere velit, vel procuratoris ejus intelligi nobis credendum est, quam alius actio, si spectatur ad voluntatem ejus, qui acquirit, factum externum sit. Ex opinione de Savigny igitur, ut possessio acquireretur, necessarium esset, eum, cui dormienti ab alio res in manu posita esset, somno excitatum denuo eam apprehendere, vel eum, in cujus absentis domo ab alio res deposita esset ea mente, ut ei donaretur, cum hoc cognosceret, iterum ibi poni jubere vel rem apprehendere, vel eum, qui in fundo esset, cum audiret, donatum sibi hunc esse, iterum ingredi. Nec probabile mihi inveniri videtur argumentum, quare actio illa necessaria sit. Si facultas naturalis pro lubitu de re disponendi natura nata est, cur ejus, qui hanc facultatem ac possessionem habere velit, actionem, qua efficiatur, necessariam esse credamus? Argumentum, quod Randa [116]) profert, minime idoneum mihi videtur. Non facile intelligitur, quid significet »wirkliche Möglichkeit,« quod necessarium esse existimat opposito »bloss denk-

115) l. c. p. 230 n. 1.

116) l. c. p. 210 n. 1. cfr. Kierulf l. c. p. 342 in nota.

bare Möglichbkeit.« Sin sentiat, eum, qui possessionem acquirere velit, facultatem de re disponendi ratam effecisse oportere, apertum est, argumentum modum probationis excedere ideoque non probare. Nemo enim, ne de Savigny quidem hac in sententia est. Sin autem dicere velit, facultatem illam praesentem esse opertere, nihil tamen ex eo pendet, utrum actione ejus, qui possidere velit, an externo facto effecta sit. Insuper malum exemplum in mediam profert. Ovis enim possessio iis de causis non acquisita est, vel quia animus possidendi non apparet, vel quia facultas de re disponendi subita non sufficit ad acquirendam possessionem [117]. Fontes deinde de Savigny opinionem refutant. Proxime leges, quae praesentia ejus, qui acquirere velit possessionem neque tamen agat, corpus possessionis effici dicunt [118], ei repugnant, quia praesentia non est actus, sed status personae [119]. Deinde refellunt eam fr 55 D. de dom, quo possessionem apri. qui in laqueum inciderit, acquiri dicitur, quod casu evenit, fr. 77 D de dom., quo temere poneremus, eum, cui donaretur fundus, volentem eum possidere in fundo fuisse; fr. 3 § 3 D de poss., quo Paulus Proculi et Neratii sententiam falsam esse sola hac de causa putat, quia non sit sub custodia thesaurus, unde sequitur, ut possessionem acquiri putasset etiam actione non interveniente, si thesaurus sub custodia fuisset. Denique fr. 1 §. 21 D de poss. hoc ipsum dicit, actu non esse opus apprehendere possessionem. De Savigny [120] opinioni, qui pro »actu« legi vult »tactu«, concedendum quidem est, Basilica, quorum verba non recte intellexit Lenz [121], loqui pro hoc verbo, sed objiciendum est, verbis »corpore« et »tactu« idem significari [122], maxime autem, verbis oppositis »oculis et affectu« non solum rei possidendae contagionis sed omnino actionis necessitatem negari, atque

---

117) cfr. n. 104.

118) e. g. fr. 1 §. 21, fr. 18 §. 2 D. de poss., fr. 31 §. 1 D. de dor.

119) cfr. Lenz l. c. p. 98.

120) l. c. p. 212.

121) l. c. p. 204. Rudorff, Beitrag 53 ad de Savigny l. c.

122) Böcking l. c. p. 462 n. 33, cfr. Rudorff l. c.

exemplum allatum rerum, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, quarum possessionem acquiri dicitur, si in re praesenti consenserint is, qui tradere vult, et is, cui traditur.

Ceteri igitur Icti, qui communem possessionis notionem defendunt, actionem possidentis et facultatem de re disponendi praesentem necessariam esse improbant. Commemorabo tantum Baron et Lenz. Prior [123]) corpus possessionis fundorum, de quo hic quaeritur, in praesentia possessoris in fundo omnino consistere eamque et ad acquirendam et ad retinendam possessionem necessariam esse arbitratur excepto solo casu, quo possessor ad breve tantum tempus discesserit ex fundo. Etiam huic opinioni illud Ulpiani repugnare facile intelligitur. Nam si possessio absentis perraro retinetur, multo minus ab absente possessionem fundi acquiri posse nobis existimandum est. Ad illa Baronis opinio vera non est. Possessionem fundi retineri, dummodo absens possessor eam omittere nolit nec rediens a fundo repellatur, generalis regula est, quae ab omnibus Ictis, uno Barone excepto, nec non legibus comprobatur [124]) Lenz [125]) corpus possessionis facultatem realem rem habendi retinendique secundum communem rerum naturam accipiendam intelligit et hanc facultatem omni possessionis tempore necessariam esse putat. [126]) Quam facultatem in rebus, quae moveri non possunt, exceptis aedificiis, ad quae eum Ictorum dicta Romanorum non

123) l. c. p. 141 sequ.

124) Gaj. IV, 153 §. 5 I. de int.

125) l. c. p. 171. 185.

126) Haec a Lenzio de possessionis natura dicta in universum vera ego quoque habeo. Sed, quod hoc loco, ne longus sim, copiosius atque accuratius explicare non possum, praetermisisse mihi videtur duas maxime res. Facultatem, quam profert, ut supra commemorari (n 104), ita tantum possessionem efficere existimo, ut non subitam, sed constantem ac perpetuam eam esse verisimile sit. Deinde, quod Ihering (e. c. p. 157. 160) acute explanavit, haud dubium esse potest (cfr. quoque fr. 55 D. de dom.), quin facultas naturalis de re pro lubitu disponendi, quae insit possessioni, non modo natura, sed etiam probitate hominum atque eorum reverentia juris efficiatur. Credo autem, hoc contra illam possessionis

referre mirum est [127]), semper nec ullo alio facto accedente adesse putat, quia aliorum hominum injuria amoveri nequeant. Praesentia acquirentis in fundo aut juxta fundum ea de causa necessaria esse ei videtur, quia is, qui possidere velit, ut sciat, quod possidere velit, fundi situm ac fines cognoverit oporteat. Sed argumentum, quo utitur, aptum non est. Locum enim non habet, si illud jam non ignorat aut ex charta agraria cognosse potest [128]).

De iis jam fontium legibus, quae ad ipsam fundorum possessionem acquirendam pertinent, disquirens probare conabor, non omnino praesentiam in fundo, multo minus juxta fundum ejus, qui ipsius possessionem acquirere velit, necessariam esse. Praeter fr. 34 pr §. 1 haec sunt:

1) fr. 77. D. de rei vind.

Quaedam mulier fundum non marito donavit et eundem fundum ab eo conduxit; posse defendi, in rem ei competere actionem, quasi per ipsam acquisierit possessionem. Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, cum epistola emitteretur; quae res sufficit ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.

2) fr. 78 §. 1 D. de contr. emt.

Fundum ab eo emisti, cujus filii postea tutelam administrans nequaquam accepisti possessionem; dixi, tradere te tibi hoc modo possessionem posse, ut pupillus et familia ejus decedat de fundo, tunc demum tu ingrediaris possessionem.

3) fr. 3 §. 1 D de poss. (Paulus.)

Quod autem diximus, et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut, qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet, sed suffi-

naturam non pugnare. Nihil enim interesse mihi videtur, quonam modo facultas illa realis efficiatur, utrum eo, quod homines, qui inimico in meam possessionem animo sunt, physice prohibere possum, ne turbent aut eripiant eam, an eo, quod propria hominum ratio atque juris observantia eos deteret a talibus actionibus, qua de causa secundum rerum cursnm atque naturam nobis non imminent.

127) cfr. Baron l. c. p. 45.

128) cfr. Exner l. c. p. 98 n. 27.

cit, quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente ac cogitatione hac sit, ut totum fundum usque ad terminos velit possidere.

4) fr. 18 §. 2 D. de poss.

Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit; aut, si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque possessionem tradere se dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

Corpus acquisitionis fundorum possessionis in praesentia ejus, qui possidere velit, in fundo aut juxta fundum consistere atque exceptis iis tantum casibus, quibus fundus jam detineatur ab illo vel ejus procuratore, necessarium esse his legibus de Savigny putat. Cujus rei causam tantum inde repetendam esse equidem credo, quod accessit ad interpretandas leges praejudicata opinione, actionem apprehensionis postulari ad acquirendam possessionem. Equidem negaverim, illud in legibus citatis inveniri posse. Fr. 77 et fr. 78 §. 1 cit. nihil aliud dicunt nisi, possessionem, si is, qui possidere velit, in fundo praesens sit, acquiri posse. Redeunt omnia ad fr. 3 §. 1 et fr. 18 §. 2 interpretationem. Fr. 3 pr. D. de poss. regula allata, possessionem nos adipisci et corpore et animo, Paulus in §. 1 fr. 3 cit. vim, quam habeat illa regula ad acquirendam fundi possessionem, definiens non necessarium esse dicit, eum, qui possidere velit fundum, omnes ejus glebus circumambulare, sed sufficere in quamlibet ejus fundi partem introire. Introitum autem in quamlibet fundi partem minimum esse, quod necessarium esse putet ad possessionem modo a se ibi tractato acquirendam, ex verbo »sufficit« haud dubie sequitur. Secundum hoc igitur Ulpiani dictum praesentia juxta fundum profecto non sufficit ad possessionem et corpore et animo acquirendam. Quae quum ita sint, si in fr. 18 §. 2 cit. possessionem fundi, in quem is, qui possidere velit, non sit ingressus, acquiri dicitur, apertum mihi esse videtur, hoc, quamvis acquirentem juxta fundum praesentem fuisse credamus, ad illam Pauli regulam referri non posse, possessionem potius hoc casu corpore et animo non

acquiri. Nec compilatores hoc censuisse opinemur, possessionis acquisitionem in fr. 18 §. 2 cit. tractatam secundum illam regulam fieri. Praeterea enim regulae interpretationem a Paulo allatam recepto fr. 3 §. 1 cit. non probassent. Nec igitur in fr. 18 §. 2 cit. commemoratur, possessionem secundum illam regulam corpore et animo acquiri. Si deinde fr. 18 §. 2 cit. ipsum consideramus, minime eo adducimur, ut putemus, de tali praesentia ejus, cui tradatur, juxta fundum in eo agi, quae efficiat, ut ad praesens tempus in quamlibet ejus partem introire aliosque quidquam ibi facere prohibere possit. Turris vox significat excelsum aedificium, ex quo longe lateque prospici potest [129]). Sin igitur Celsus venditorem vicinum fundum emtori in turre demonstrare vacuamque possessionem relinquere se declarare dicit, quomodo hoc ad proximam illam de Savigny viciniam pertinere interpretemur? Celsus, si hanc principem esse putasset, casum minus idoneum eligere non potuisset. Nemo enim crediderit, fundum venditum ex turre demonstratum proximum esse ei fundo, in quo sit, qui ejus possessionem acquirere velit [130]), unusquisque potius intelliget, fundum ita situm esse oportere, ut ex turri quidem prospici possit, nec cogitabit de illa facultate de fundo disponendi praesenti. Certo enim Celsus res in turre gestas esse non fortuito dixit. Si, quod de Savigny lege contineri putat, dicere voluisset, ne erraretur, aptius venditorem atque emtorem non in aedificio esse, sed in solo juxta fundi fines stare sibi proposuisset. Ex turre enim emtor, quum idcirco ex ea evadere et ad fundum adire deberet, omnino non statim de fundo naturaliter disponere potuit, minime autem, quum tam longe ab eo distaret, ut ad prospiciendum eum in turrem ascendere venditorem et emtorem oporteret. Minime quoque de Savigny interpretatio congruit cum ea re, quod Celsus maxime, ne dicam, solam finium demonstrationem et vacuam possessionem se tradere venditoris declarationem extulit. Quas res cum introitui in

---

129) Baron l. c. p. 142 n. 161.

130) cfr. Randa l. c. p. 108 n. 17.

fundum in aequo ponat, solas esse, quibus fundi possessio acquiratur, certo nobis credendum est. Denique de Savigny rationem legis, quam ea de causa integram attuli, penitus praetermisit. Non necessarium esse ad acquirendam possessionem, rem corpore habere i. e. rem mobilem manu tenere, fundo autem pedes inferre eum, qui possidere velit, Celsum exemplis explicare velle nemo non videt. Exempla, quibus hoc demonstret, duo profert, quorum alterum ad res, quae moveri possunt, alterum ad res, quae moveri non possunt, spectat. Priori exemplo quum depositionem rei in domo ejus, qui possidere velit, apprehensioni rei aequandam esse dicat, in dubitationem vocari nequit, quin is, qui possidere velit, praesens non fuerit. Sola depositione in domo facultatem naturalem de re pro lubitu disponendi effici dicitur, quamquam eam nemo dum attigerit. Altero exemplo Celsus dicit, declaratione venditoris, possessionem vacuam se relinquere, et finium demonstratione illam de fundo facultatem, cui tantum venditoris, qui ad id tempos possidebat, voluntas obstabat, non minus effici, quam si pedem finibus intulisset. Num Celsum, quamquam priori casu censeat, facultatem illam factam esse emtore apud rem non praesente, praesentiam illam igitur non necessariam esse ad acquirendam possessionem, credamus, altero casu necessariam illam esse putasse ac dixisse? Minime, ut equidem puto. Nemo igitur, quod sciam, ante de Savigny ejus de fr. 18 §. 2 cit. opinionem a me improbatam defendit, nedum glossa confirmetur, quae possessionem altero casu per aspectum acquiri multo verius putasse mihi videtur.

Congruit tantum utraque lex, quod universe jam significavi, ita ut fr. 3 pr. §. 1 cit. regulam, fr. 18 §. 2 cit. exceptionem contineri intelligamus. Compilatores fr. 3 pr. cit. generalem adipiscendae possessionis regulam proferunt, possessionem et corpore et animo acquiri, eamque de fundorum possessione explicant, corpore effici, ut in quamlibet partem fundi introeat is, qui possidere velit, quod de acquisitione, quae corpore fiat, ideoque secundum regulam necessarium sit. In fr. 18 §. 2 cit. deinde afferunt casum exceptum, quo possessio non animo et corpore, sed solo

animo acquiratur, aeque ac talis exceptus casus jam in fr. 3 §. 3 D. de poss. affertur. Continet enim fr. 18 §. 2 cit. talem, quae efficitur non ineunte eo, qui possidere velit, in fundum, possessionis acquisitionem. Quae interpretatio legum, de quibus agitur, praeterquam quod nullo alio modo, ut nihil dubitationis relinquatur, explicari posse mihi videntur, alio gravissimo argumento probatur. Nulla enim lege corpus fundi possessionis in praesentia juxta fundum consistere dicitur, omnes, quod equidem sciam, potius et quidem permultae leges consistere id in praesentia in fundo eloquuntur atque probant. Argumento sunt fr. 6 §. 2 D. de prec; fr. 32 §. 2 D. de usurp.; fr. 3 §. 6 et 7, fr. 3 §. 11, fr. 18 §. 3, fr. 25 §. 2, fr. 41 D. de poss., fr. 1 §. 25 et 26 D. de vi, in quibus illud aperte enunciatur, deinde illae leges, quibus, quum non praesente in fundo possessore possessio retineatur, animo possideri ideoque illud implicite dicitur e. g. Gaj. IV., 153, §. 5 I. de interd., fr. 3 §. 7, fr. 25 §. 2, fr. 44 §. 2 D. de poss., fr. 1 §. 25 D. de vi l. 4. C. de poss. Sed interpretationi meae adversari videtur regula nonnullis legibus prolata [131]), quam supra obiter jam commemoravi, possessionem solo animo quidem retineri, sed non acquiri posse. Perscrutari igitur debeo, qualis ejus regulae ratio sit. Nobis illas leges considerantibus persuadeamus necesse est, regulam solam ad fundorum possessionem referri atque hanc habere vim, possessionem fundi ab absente non acquiri, sed retineri posse. Quî igitur factum est, ut valente hac regula possessionis quaedam acquisitio, quae fiat eo, qui possidere velit, in fundo non praesente, accepta sit? Responsio ad hanc quaestionem e progressu possessionis notionis repetenda est. Priusquam de Savigny novam de possessione rationem constituisset, quis est qui ignoret, communem opinionem hanc fuisse, possessionis corpus fundi in praesentia in fundo, rei mobilis autem in ejus manu contactione consistere atque omnibus casibus, quibus hoc non accedente possessionem acquiri leges dicant, possessionem fictam esse? Quam opinionem de

---

131) leges in not. 106 allatae.

Savigny [132]) falsam esse necessario demonstravit. Postremis quoque casibus vera possessio est. Sed si nihil veri ei opinioni inesset, prolatam esse non crederemus. Re vera etiam aliquam veritatem habet, quam de Savigny in lucem non protulit. Continet enim corporalis illa detentio, quam soli tactui, quo non detineatur res, aequiparasse Ictos Romanos minime nobis credendum est [133]), simplicem ac propriam, qua rem in potestate habemus, formam ideoque ex ea possessio exorta est. Initio, quod probat et ipse Baron [134]), possessio tantum ita accepta est, ut in fundo possessor esset aut rem mobilem manu teneret. Inde ad Justinianeam notionem progredi coepit. Ad ipsum autem primum ejus tempus notae de acquirenda vel amittenda possessione regulae a Paulo et Papiniano prolatae pertinent. Quae ut probem, generaliter primum testes affero illas permultas leges, quae corpus possessionis verbis »tenere« vel »esse in fundo« significant e. g. fr. 1 pr. fr. 49 §. 1 fr. 24, fr. 3 § 5 D. de poss., fr. 38 § 8 D. de verb. obliga, in primis autem ipsa regularum commemoratarum verba. Dicit Paulus in fr. 3 §. 1 D. de poss. »et adipiscimur possessionem corpore et animo« sent. recept. V, 2, 1 adjiciens »animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno, in fr. 8 D. de poss. »nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest.« Papinianus deinde in fr. 44 §. 2 D. de poss. hisce verbis utitur »nam ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, ejus vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur.« Eadem similiaque verba in aliis legibus inveniuntur e. g. in fr. 3 §. 12 D. de poss. »corpore nostro — alieno possidere« fr. 25 §. 2 eod. »donec alius corpore ingressus sit.« De Savigny [135]) in his legibus verbo »corpore« opposito animo, omne factum externum significari atque argumento esse verba »corpore amittere« putat. Sed si

132) l. c. p. 207 sequ.

133) cfr. fr. 21 §. 8, 9, 10, fr. 67 D. de furt. et illae permultae leges, quae verbo „tenere" utuntur.

134) l. c. p. 140 sequ.

135) l. c p. 212.

integre leges illas consideramus, nos non dubitare posse credo, quin indicent nihil aliud nisi, corporali detentione rei possessionem initium cepisse atque finiri, atque Ictos posteriores demum regulam extentae possessionis definitioni aptare conatos esse. Verba enim ad sensum, quem iis subjicit de Savigny, accommodari non posse intelligere non difficile est. Nec obstant verba »corpore amittere possessionem« Commodissime enim dicunt, desinentibus nobis corpore nostro vel coloni tenere rem simul cum corporali rei detentione finiri possessionem. Spectant quoque ad hanc verbi »corpore« principalem vim fr. 1 § 21 D. de poss. »non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem« etiamque acutius fr. 51 D. de poss., in quo Javolenus possessionis acquisitionem custodia posita effectam traditionem non proprie corpore, sed animi quodam genere factam aestimans discrepantiam indicat inter priorem et posteriorem verbi »corpore« vim. Haec mihi dicere videtur. Lignorum acervi et amphorarum, quia manu non apprehenduntur, possessio pro principali vocabuli »corpore« vi solo animo acquiritur, sed tamen, quia rerum mobilium possessionis corpus hoc tempore non solum in corporali rei detentione consistit, sed omni, quo efficitur facultas naturalis de re pro lubitu disponendi, facto fit, non re vera sed quodammodo solo animo — »animi quodam genere« — fit. Cuique alii interpretationi extrema legis verba repugnant, praesertim iis, quas proferunt Lenz [136]), qui plane errat, et de Savigny [137]) qui argumentum ex historia possessionis depromtum praetermittit. Vox »corpore« si initio vim a de Savigny ei attributam habuisset, quomodo Labeo quaerere potuisset, num haec ipsa corporis traditio sit, et quomodo Javolenus hanc quaestionem ita accuratius definisset, num, etiamsi corpore acervus et amphorae apprehensae non sint, nihilo minus traditae videantur? Neque congruit, animi quodam genere possessionem acquiri Javolenum eloqui, quum hoc ipso possessionem corpore et animo acquiri negetur. Quae quum ita sint, vocem »corpore«

136) l. c. p. 190.
137) l. c. p. 219.

eos aliter atque de Savigny intellexisse oportet. Rerum mobilium possessionem, quia de ea majorem necessitatem fuisse facile intelligimus, vetustissime extra corporalem detentionem egressum esse apertum est. Quo factum esse videtur, ut retenta regula vocabulo »corpore« de rebus mobilibus latior, quam de Savigny in lucem protulit, vis jam pridem tributa sit. Praeter regularum verba ac fr 51 D. de poss. cit. nullum igitur argumentum ejus ipsius primordii exstat, neque vero desunt permultae, quae ad illud spectant, significationes. Cfr. e. g. fr. 18 §. 2 D. de poss. »quamquam id nemo dum attigerit« fr. 1 §. 3 D. eod. »licet maxime corpore suo rem contingant« fr. 9 §. 3 D. de jur. dot. »quid enim interest, in domum ejus eo volente inferantur an ei tradantur?« fr. 79 D. de sol. »quod a nullo ejus rei possessio tenetur. fr. 1 §. 21 D. de poss., fr. 74 D. de contr. emt. fr. 9 §. 3 D. de jur dotium »tradere« — »traditum videri« — pro »tradito haberi.» Initii autem possessionis fundorum dicti argumentum, quod refelli non potest, praebent haec Gaji IV, 153 — verba, quae, quamvis manca sint, tamen perspicuam sententiam exhibent.

»Per eos quoque, apud quos deposuerimus aut quibus commodaverimus aut quibus usumfructum vel usum vel habitationem constituerimus, ipsi possidere videamur et hoc est, quod vulgo dicitur, retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione; quin etiam plerique putant, animo quoque retineri possessionem, quod nos rerum — animo solo, quia voluerimus, ex quo discesserimus, reverti, retinere possessionem videamur. — Nec ulla dubitatio est, quin animo possessionem apisci non possimus« [138]). Ex his verbis sequitur, ut Gaji aetate controversia fuerit, nonne amittatur fundi possessio ab eo, qui, volens eo reverti, ex fundo discesserit nullo suorum ibi relicto. Verbis »quin etiam« Gajus plane profitetur, possessionem solo animo retentam multum ab horrere a prima possessionis notione, qua possessio neque acquiri neque retineri possit nisi praesente in fundo possessore.

---

138) cfr. Rudorff l. c. p. 678.

Quin possessio solo animo i. e non praesente in fundo eo, qui adipisci eum vellet, acquiriri non posset, Gaji tempore non dubitabatur. Haec sententia ita permansit, ut regula et in Justinianeo jure sit Possessionem fundi certis casibus etiam solo animo acquiri posse, demum Icti, qui post Gajum fuerunt, censuerunt - Celsus, Marcellus, Ulpianus, fr. 18 §. 2, fr. 34 pr. D. de poss., — et num ita fieri possit, inter optimos Ictos, quod sequitur et ex modo, quo ejus commemoratio fit, et ex regula illa allata, possessionem solo animo acquiri non posse, semper controversum fuisse videtur. Compilatores autem receptis illis legibus de hac ita statuerunt controversia, talem possessionis fundi acquisitionem fieri posse. Regulam illam igitur, possessionem solo animo acquiri non posse, nisi opinionem eorum Ictorum, qui possessionem ita acquiri posse negarint, temere receptam esse credere volumus, compilatorum sententiam sequentes nihil aliud nisi generalem de acquirenda rerum immobilium possessione regulam habere possumus, quam ad omnes sine ullo discrimine casus acquirendi ejus possessionis pertinere neque compilatores voluerunt neque nobis credendum est. Profecto autem, si discrepantiam, quae videtur esse inter illam regulam et id, quod continent fr 18 §. 2 et fr. 34 pr. §. 1 D. de poss, non, ut demonstrare studui, sublatam esse nobis persuadere deberemus, secundum Pauli regulam in fr. 1 D. de reg. jur »non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat« posteriores illas leges, quod sententias de certis casibus proferunt, illis, quae nudam afferunt regulam, praestare putemus necesse est.

Restat, ut, quibus casibus secundum illam compilatorum opinionem fundi solo animo acquiri possit possessio, definiam. Causam, quam tractat fr. 18 §. 2 cit., nobis sequentibus et reminiscentibus, ibi talem juxta fundum praesentiam, qua praesens de fundo disponendi facultas efficiatur, propositam non esse, introitui in fundum potius finium demonstrationem et ejus, qui tradit, declarationem, vacuam se relinquere possessionem, Celsum aequiparasse, deinde considerantibus, secundum causae naturam agrum a Celso intellectum esse, regulam co-

gitatione separare permissum est, agri possessionem, etsi is, qui eam adipisci velit, non ineat in fundum vel juxta eum praesens sit, acquiri, si is, qui agrum usque ad id tempus possideat, vacuum eum relinquere ac de eo pro lubitu disponere ei, cui tradere velit possessionem, permittere se velle dicat et si is, qui possessionem agri acquirere vult, agri fines cognoverit atque aperte vel silentio recipiat ejus, qui tradere velit, declarationem sibi factam. Illud igitur idem est, quod in fr 34 cit. ab Ulpiano dictum atque probatum esse censeo.

Videamus jam, num fr. 34 pr. §. 1 illud, quod proposui, Ulpiani dictum revera contineat. Quin Ulpianus altero paragraphi primae casu possessionem fundi Corneliani acquiri putans non possessionem per procuratorem acquisitam, sed talem, quae proprio nomine acquiratur, intelligat, dubitare nequimus. Oppositae enim opinioni non solum obstaret, Cajum procuratorem non in fundum inire, per procuratorem igitur non facilius acquiri possessionem, quam proprio nomine, sed etiam maxime, Cajum Titii declarationem et Seji mandatum non ad fundum Cornelianum, sed ad fundum Sempronianum referre ideoque, ut Sejus fundi Corneliani possessionem acquirat, sua opera efficere neque posse neque velle. Ulpianus, quamquam et principio et primo paragraphi primae casu sententiarum causas protulit, hoc casu non commemorat, qua de causa possessionem fundi Corneliani ita acquiri censeat. Sequitur ex hoc, causam hoc casu tam apertam esse, ut Ulpianus ejus mentionem facere supersederit. Atqui haud dubium est, quin causam ipsam, ex qua possessionem acquiri dicendum sit, et ejus ad casum applicationem neminem effugere non putaverit, sicut verbis »possessionem non acquiram« principio putat. Hoc casu sine ulla dubitatione respondere non potuit propter controversiam, quae de quaestione erat, num possessio fundi solo animo i. e. non ineunte eo, qui possidere velit, acquiri possit. Id quoque significat, Ulpianum verbis »magis est, ut acquiram« caute opinionem protulisse. Haec verba, quibus leges saepe utuntur, significant, plus argumenti esse pro opinione, quam contra eam, ideoque declarant formam opinionem eloquendi

leniorem atque dubitationibus locum relinquentem, ut »verius est«, »potius est« [139]. Vitium igitur sermonis committit de Scheurl [140], quum errore inductus de comparatione, quam continit vox »magis«, illa Ulpiani verba ita transfert »hier ist es ganz unzweifelhaft, dass« [141]) Ita quoque Ulpianus causam illam silentio praetermittere potuit, si in superioribus verbis eam modumque, quo ad casum referenda esset, attulerat. Invenientes igitur, unam ex regulis in praecedenti disquisitione adhibitis talem esse, qua altero paragraphi primae casu Ulpianus possessionem acquiri dicens nisus esse potest, jam habemus, quod Ulpianum re vera illa nisum esse credamus. Res autem ita se habet. Argumentum primo paragraphi primae casu prolatum minime quidem idoneum est. Sed regula, ex qua in principio dubitationem affert Ulpianus, «animo acquiri potest possessio« apta est et illius sententiae argumentum esse potest. Deinde si consideraverimus casum ipsum, quo possessionem acquiri putat Ulpianus, facile concedemus, non aliter nisi regula nisum, possessionem solo animo acquiri posse, hoc accipere eum potuisse. Neque enim Sejus neque Cajus in fundum Cornelianum ingreditur [142]. Nullius autem momenti esse de acquirenda fundi Corneliani possessione Caji introitum, quem in causa supposuerimus, in fundum Sempronianum planum est. Corpore igitur i. e. praesente in fundo Corneliano Sejo vel ejus procuratore possessionem non acquiri facile intelligimus. Contra omnes res inveniuntur, quae ad possessionem solo animo acquirendam, ut supra demonstravi, necessariae sunt. Praeter introitum Caji in fundum Sempronianum plane inanem ideoque ab Ulpiano verbis non elatum atque Caji errorem aeque inanem, haec sunt, quae casu nostro continentur. 1) Seji voluntas, possessionem fundi vel Corneliani vel Semproniani,

---

139) Brissonius de verb. sign. sub voce „magis est, ut“ et loci ibi allati.

140) l. c. p. 217 n. 12.

141) cfr. Exner l. c. p. 131 n. 22.

142) glossa apud verba „ut acquiram“ temere Sejum praesentem esse putat

utrum Titius vacuum relicturus sit, acquirendi. 2) Mandatum a Sejo Cajo datum, ut in fundum vel Cornelianum vel Sempronianum, quemcunque vacuum relicturus sit Titius, ut Sejo ejus possessio acquiratur, ineat, quo voluntas illa aperta fit. 3) Declaratio Titii, Cajo quidem sed eo consilio facta, ut Sejus acquirat possessionem, vacuum se relinquere fundum Cornelianum ac permittere, ut in eum ineatur possessionis acquirendae causa. 4) Seji conscientia, Titium fundi Corneliani possessionem vacuam relinquere et tradere velle, quae eo, quod Titii declarationem scit ac de fundo Corneliano factam recte intelligit, efficitur. 5) Ea de causa et ex eo tempore, quo scit hoc Sejus, voluntas ejus, fundi possessionem acquirendi Corneliani. 6) Denique cognitio fundi Corneliani in persona Seji, quod, ut supra [143]) explicavi, significant verba »ego non errem«. Componentibus nobis haec cum iis, quae supra [144]) ex fr. 18 §. 2 D. de poss. ad possessionem fundi solo animo acquirendam necessaria esse invenimus, apparet, easdem res illis contineri. In fr 18 §. 2 D. cit. venditorem fines fundi emtori demonstrare, quod in casu fr. 34 pr. cit. non fit, nullius momenti est. Cognitio enim finium necessaria est, sed minime oportet, demonstratione ejus, qui tradit, facta efficiatur. Atqui illud mihi quis objiciat, Sejum non ipsum fundi detentionem, sed fundum per Cajum, quem in fundum inire jusserit, detinere velle. Cui respondendum est hoc. Cajus fundi possessionem nomine Seji corpore quidem acquirere jussus est atque vult, sed non proprio jure et in suam utilitatem fundum detinere vult, sed tantum, ut ministerium praebeat Sejo possessionis acquirendae et a Sejo ipso exercendae. Vult igitur ipse Sejus fundum detinere.

Principio fr. 34 Ulpianus, possessionem non acquiri, bis dicit, primum causa non allata verbis »possessionem non acquiram«, iterum commemorato argumento »errantem« verbis »sed non puto errantem acquirere.« Ulpiani intererat, senten-

143) cap. IV sub V.

144) p. 54 sequ.

tiam de quaestione, num possessio acquiratur, proferre, ut fundamentum haberet alterius, quam propositam habuerat, quaestionis decidendae »an a te tamen recedat possessio?« Quae casu principii continentur, haec sunt. 1) Voluntas Seji, fundum, quemcunque Titius vacuum relicturus sit, vel Cornelianum vel Sempronianum possidendi; 2) Declaratio Titii Sejo facta, fundum Cornelianum vacuum se relinquere ac permittere, ut in eum ineatur. 3) Hujus declarationis receptio Seji, qui in errore versatur, in fundum Sempronianum se esse missum. 4) Ea de causa et ex eo tempore Seji voluntas, possessionem fundi Semproniani acquirendi, quam iniens in hunc fundum, apertum facit. Secundum generalem regulam antiquitus traditam, possessionem nos et animo et corpore adipisci, cogitandum non erat, possessionem fundi Corneliani a Sejo acquisitam esse, quia Sejus in eum non ingressus erat. Quodsi possessionem acquisitam esse accipiendum erat, ejus rei causa tantum ex regula, possessionem et solo animo acquiri, repeti poterat. Sed pro hac regula adhibenda nihil loqui videbatur, quia Sejus inierat in fundum Sempronianum ideoque voluntatem habebat hujus fundi possessionem acquirendi Facile igitur est ad intelligendum, Ulpianum initio causis praetermissis et sine ulla dubitatione dixisse possessionem non acquiri, praesertim quod illi de acquirenda fundi Corneliani possessione quaestioni vis tantum propositionis inerat. Neque ad hanc quaestionem reversurum fuisse eum verisimile est, nisi ex illa Celsi et Marcelli sententia, animo deponere et mutare [145]) nos posse possessionem, dubitatio nata esset, tamen secundum hoc dictum possessionem acquiri dicendum esse. Ea de causa dubitationem, quam sibi opponit, refellere necessarium putat. Quae dubitatio accuratius ita tantum definienda est, ut sua natura casus talis sit, quo regula Celsi adhiberi possit, Seji animum autem fundum possidendi Cornelianum hanc ob rem forte accipiendum esse, quod eo animo fuerit eumque animum apertum fecerit, fundum,

145) verbum „mutare" etiam glossa ad haec verba ita intelligit, ut alii quaeratur possessio. Repetunt igitur verba sequentia partem Celsi et Marcelli regulae.

quem vacuifacturus sit Titius, possidendi, Titius autem fundum Cornelianum vacuum se relinquere declaraverit. Quomodo autem refellit, quod contradicit? Non Celsi quidem dictum falsum esse dicit neque integrum relinquere vult, utrum vera sit necne, sed potius verum id esse implicite eloquitur. Hoc ea de causa jam concedendum est, quod, quantum equidem scio, hoc solum esset exemplum, quo Ictus Romanus regulam a se rejectam aut ad dubitatam factis accommodare studeret. Sed etiam eo modo, quo, et iis verbis, quibus regula affertur, comprobatur. Verba enim »et si animo acquiri possessio potest.« quod equidem non in dubio pono, non aeque ac si dixisset Ulpianus »si — posset« intelligenda sunt. Posteriorem vim ea habere Pothier[146]) putat ita ea explicans »et si concederetur, — quod tamen concedendum non est.« Refutat hanc opinionem et meae argumento est conjunctio indicativi cum verbo »si«. Deinde voci »si« hoc loco vis vocabuli »quia« subjici potest. Haec vocis vis usitata est cfr. e. g. fr. 48 §. 1 D. de jur. fisc., fr. 4 D. de nov. l. 8 C. de poss. Quibus prioribus legibus Ictus et in fr. 4 cit. ipse Ulpianus, ne vocem »quia« repetat, non secus atque in fr. 34 D. de poss. vocabulis »quia« et »si« causam significantibus promiscue usus est. Verbis »sed non puto errantem acquirere« breviter atque acute haec dicit Ulpianus. Dubitatio, Sejum animum possessionem acquirendi fundi Corneliani habere, videtur vera esse, non est, Caji enim recipientis Titii declarationem voluntas, quia illam ad fundum spectare Sempronianum putat nec voluntatem Titio inesse fundum Cornelianum vacuum relinquendi scit, solum ad fundum Sempronianum respicit nec ei inest voluntas acquirendi possessionem fundi Corneliani. Ulpianus igitur hoc ipso argumento dubitationem refellens declarat, illud Celsi non interveniente Seji errore huc pertinuisse, quod etiam casu glossae ad fr. 34 D. de poss. continetur. Hoc enim si non credidisset, quid, ut recte sententia sua intelligeretur, ejus magis fuisse credamus, nisi dixisse eum, omnino non veram esse opinionem

146) Pand. Inst. in nov. ord. dig. ad haec verba.

Celsi et Marcelli, fundi possessionem solo animo acquiri posse, aut ita illud accipiendum esse, ut eam ad hunc casum referri omnino cogitari non possit? Inde sequitur argumento e contrario ex hoc Ulpiani dicto, eum Celsi opinionem in fr. 18 § 2 D. de poss. allatam atque supra explicatam, quam ipsam hoc loco testem citat, veram esse existimasse. Quod argumentum per se probat, quod proposui. Multo magis autem id probari mihi videtur, quum, ut vidimus, altero paragraphi primae casu, quo error ille non versetur, Ulpianus possessionem solo animo acquiri re vera dixerit

Caput VII.

Ulpianus primo paragraphi primae casu Sejum possessionem acquirere dicit.

Per liberum procuratorem rei possessionem dominus acquirit, si, quum per eum hujus rei possessionem acquirere velit, hoc ei mandat et si procuratori ex mandato illo nomine domini facultas naturalis de re pro lubitu disponendi efficitur. Voluntas possessionem per procuratorem acquirendi exceptis personis juridicis iisque, qui sub tutela vel curatela sunt, semper in persona domini necessaria est. Nunquam aliter »domino ignoranti« — hac vocis vi — possessio acquiritur. 147) De vi ac summa domini voluntatis controversum est, num mandatum generale ad voluntatem illam necessariam efficiendam ac declarandam sufficiat. 148) Quin autem voluntas domini et mandatum ad plures res cumulative aut alternative, ut ita dicam, pertinere possint, haud dubium est. Acquiritur possessio eo tempore, quo procuratori facultas naturalis pro lubitu de re disponendi effecta est. Quod factum esse scire dominum non necessarium est. Huic enim etiam nescienti ex illo tempore

---

147) de Savigny l. c. p. 315 sequ.

148) de Savigny l. c. p. 316 contra illam sententiam disserit, illam defenderunt Donellus comm. jur. civil, ed. König-Bucher) III p 95. et maxime Bremer — Giesser Zeitschr. N. F. XI. p. 211.

illa facultas ministerio procuratoris comparatur, dummodo ea uti velit. Leges hoc regula exprimunt »per procuratorem domino etiam ignoranti possessio acquiritur.« [149]) Inopia rei cogitationis intelligi potest aut ita, ut sola desit scientia rei, aut ita, ut error locum verae cogitationis obtineat. Illud »ignorantia« „ s str., hoc »error« significatur. Omnis igitur error ignorantiam continet. [150]) Possessionem igitur acquiri non solum, si dominus omnino nesciat res, quibus facultas de re disponendi effecta sit, sed etiam si in errore de iis versetur, credendum est. Ita tamen hoc dicendum est, ut errore interveniente voluntas, hanc ipsam rem, quam procurator apprehenderit, possidendi esse possit Quum enim voluntas rem, de qua agitur, possidendi seu generalis seu specialis necessaria sit, possessio non acquisita esset, si illa voluntas non perstaret. Haec verborum Ulpiani »et, cum placeat ignoranti acquiri, poterit et erranti« vis est. Quae verba si repugnare sententiae, quae stat, nolumus, illa conditione intelligenda sunt. Hanc ob rem, ut supra [151]) demonstravi, casum in capite tertio positum legi subjici necesse est [152]). Quum autem hunc casum nobis proposuerimus. Ulpiani responsio primo paragraphi primae casu prolata, possessionem acquiri a Sejo, secundum regulam illam ob Ulpiano explicatam, a ratione generali non aliena est. Sejus sciens, Titium fundi Corneliani ac fundi Semproniani vel alterius eorum a se electi possessionem sibi tradere velle, Cajo mandat, ut in fundum Cornelianum vel in fundum Sempronianum, pro ut hunc vel illum Titius vacuum relicturus sit, Seji nomine ingrediatur. Seji voluntas igitur ad utrumque fundum pertinet ita, ut utriusque possessionem acquirere velit, si ejus possessionem traditurus sit Titius. Quin Sejus omnino, si declarationem Titii nescit neque Cajum in fundum Cornelianum ingressum esse, per Cajum secundum regulam »ignoranti pos-

149) fr. 13 D. de dom. l. 1 C. de poss.

150) de Savigny, System III, p. 326.

151) cap. IV sub V.

152) cfr. de Scheurl l. c. p. 216. Puchta, Rechtslexicon von Weiske sub voce „Besitz“ II. p. 61 et 74, Windscheid l. c. I p. 388 n. 10.

sessio per procuratorem acquiritur« possessionem adipiscatur, haud dubium est Vult enim Sejus fundi Corneliani, dummodo a Titio vacuefactus sit, possessionem per Cajum acquirere, quae voluntas aperta fuit. Cajus ejus nomine in fundum Cornelianum ingressus est. Utrum autem Sejus sciat, Titii declarationem factam esse et Cajum in fundum Cornelianum ingressum esse, an nesciat, nihil refert. Hujus scientiae inopia non impedit, ne facultas de re disponendi adsit, sed tantum efficit, ut desit Seji cognitio, facultatem illam sibi esse comparatam. Non secus autem res se habet, quod Ulpianus verbis »poterit et erranti« dicere vult, si Seji ignorantia, Titium in fundum Cornelianum misisse et Cajum in hunc fundum ingressum esse, ea, quae cum generali declarationis scientia conjuncta est, opinione, Titium in fundum Sempronianum misisse ac Cajum in hunc fundum initurum esse, occultetur. Seji enim voluntas mandato declarata, Caji ingressu possessionem fundi Corneliani, si Titius eum vacuum relicturus sit, acquirendi errore illo non tollitur. Jure enim voluntas exceptis casibus, quibus persona omnino non jam velle potest, tunc demum desinere videtur, si consilium contrarium ,initur atque apparet. Error autem in Titii declaratione hac vi carere facile intelligitur. Immo conscientiam, facultatem de re disponendi esse effectam, de quaestione, num acquiratur possessio, tantum removet. Ut simplicius exemplum proferam, num credamus, equi possessionem, quem meo nomine emere et traditum apprehendere te jussi, apprehensi a te meo nomine, me non adipisci ea de causa, quod mandato facto forte ideo, quod equi dominus se eum vendere nolle declaraverit, putaveram, te equum neque emere neque apprehendere posse? Nequh eoc casu errore illo voluntas mea mandato declarata equi possessionem per te acquirendi tollitur, neque ille Seji error, Titium fundum Sempronianum, non Cornelianum tradere se velle declarasse, hanc vim habere potest.

Caput VIII.

Titius, utrum amittat possessionem — fundi Corneliani — nec ne, ex eo pendere Ulpianus dicit, num possessio interveniente dissensu a Sejo acquiratur.

Quid sibi velit hoc Ulpiani dictum et quomodo congruat cum Celsi opinione in fr. 18 §. 1 D. de poss.

> »Si furioso, quem sanae mentis esse existimas — rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim est ridiculum dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat. Immo vult dimittere, quia existimat, se transferre.«

in controversia valde versatur. Plerique Icti, qui hanc tractaverunt quaestionem, animum ejus, qui tradat, possessionem omittendi semper conditione adstrictum esse, ut is, cui tradatur, possessionem acquirat, Ulpianum consentiente Papiniano in fr. 18 D. de vi

> »cum fundum, qui locaverat, vendidisset, jussit emtorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit; postea emtor vi colonum expulit, interdictis unde vi quaesitum est. Placebat, colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit; neque enim omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emtori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emtorem, quam emtor adeptus non fuisset«

dicere, Celsum contra in fr. 18 §. 1 cit. ipsum contrarium docere ideoque antinomiam accipiendam esse arbitrantur. Dissensio autem inter eos est, utrius Icti opinio sit praeferenda. Alii ut Brinz [153]), Bruns [154]), Randa [155]), Celsi opinionem veram

---

153) Pandecten §. 28 p. 467 apud n. 14 et 15.

154) Im Bekker'schen Jahrbuch IV, p. 42.

155) l. c. p. 215 sequ.

esse existimant, alii autem iique plerique, ut Kierulf [156]), de Scheurl [157]), Windscheid, [158]), Exner [159]), Arndt [160]) illam opinionem, quam ab Ulpiano huic loco subjectam esse opinantur, veram esse putant, qua de causa leges illas historice conjungendas esse censent. Celsi atque Ulpiani — et Papiniani — opiniones ipsas conjungere tantum Böcking [161]) et Lenz [162]) conati sunt. Ille voluntatem ejus, qui tradit, utraque lege alio pertinere putat, neque tamen, quomodo hoc fiat, copiosius explicat. Hic opinionem Celsi principio veram esse atque omnino valere dicit, nisi possessionis omissio expressis verbis vel natura rerum cum conditionibus deficientibus conjuncta fiat, ideoque Ulpiani Papinianique opinionem tantum ex iis casibus, quibus nitantur fr. 34 pr. D. de poss. et fr. 18 pr. D. de vi, explicandam esse censet significans, his legibus de fundorum possessionis traditione agi, in qua praecipue et is, qui tradat, omissionem possessionis ante declarare et is, cui tradatur, absente illo in possessionem ingredi soleat. Quae Lenzii opinio in universum vera est, neque vero ei contigisse credo, ut causas, ob quas plurimis casibus Celsi opinio locum habeat, et campum, in quo valeat Ulpiani ac Papiniani responsio, dilucide definiat atque exponat. Antinomia re vera non est ideoque historica conjunctione, cujus mirum affert argumentum de Scheurl [163]), utamur necesse non est.

Ut leges illas recte intelligamus, proxime perscrutari debemus, quomodo possessionis omissio sub conditione, quae generaliter ei conjungi potest [164]), fieri queat. Quum possessio

156) l. c. p. 392.
157) l. c. p. 204.
158) l. c. §. 156 n. 5.
159) l. c. p. 13 n. 30
160) l c. §. 142.
161) l. c. p. 467.
162) l. c. p. 230 sequ.
163) l. c. p. 204. Ulpianum in f. 34 cit. ipsum dixisse putat, Celsum eam opinionem, quam ipse refutaverit, amplexum fuisse. Hujus rei profecto legi nihil inest.
164) fr. 38 §. 1 D. de poss.

comparata sit ex animo possidendi ac facultate naturali de re pro lubitu disponendi, haec facultas autem et in persona possessoris et in procuratore effici possit, traditio possessionis duplici modo fieri potest. Aut facultas illa in persona ejus, qui tradit, tollitur et in persona ejus, cui traditur, efficitur aut de illa facultate nihil mutatur. In posteriori casu traditio semper solis voluntatis declarationibus continetur. Is, qui tradit, et is, qui acquirit possessionem, consentiunt aut ut ille, rem, quam usque ad id tempus detineat atque possideat, in posterum nomine ejus, cui tradere velit, detineat — quod vocant constitutum possessorium — aut ut hic rem, quam usque ad id tempus nomine ejus, qui tradat, detineat, in posterum possideat — quam significant brevi manu traditionem. — In priori autem casu, de quo hic quaeritur, traditio fit aut factis externis, quae, ut facultas de re disponendi in persona ejus, qui tradat, tollatur et in acquirentis persona eveniat, efficiunt et quibus traditionem fieri ii, quorum interest, volunt, aut solis voluntatis declarationibus, quae et ad tollendam et ad efficiendam facultatem illam pertinent. Fit autem traditio hoc modo, si, natura externa non obstante, voluntas tantum ejus, qui tradit, facultati in persona ejus, qui possidere velit, efficiendae adversatur. Voluntas autem tantum ac non factum externum conditionem recipit. Itaque omissio possessionis, quae solis voluntatis declarationibus traditur, semper sub conditione fieri potest. Is, qui tradit, efficientiam voluntatis facultatem illam tradendi conjungere potest cum quapiam re futura, quo omissio possessionis usque ad hoc tempus, quo evenit illa res, suspenditur. Sin autem traditio facto externo efficitur, possessionem sub conditione omitti ita tantum cogitari potest, ut facultas facto externo in persona ejus, qui tradit, sublata eo ipso in persona acquirentis nascatur et cum traditione conjuncta sit conscientia ac voluntas cum ejus, qui tradit, facultatem naturalem de re pro lubitu disponendi per acquirentis personam usqne ad tempus, quo conditio efficiatur, retinendi, tum ejus, qui acquirit, facultatem illam usque ad id tempus pro eo, qui tradat, habendi. Si facultas de re disponendi facto externo

in persona ejus, qui tradit, tollitur neque nascitur in persona ejus, cui traditur, ille corpore possessionem amittit neque ullius momenti est, num eam interim usque ad eventum futurum retinere velit. Sin autem utrumque factum est, ne possessio amittatur, praeterea ille consensus necessarius est. Illa voluntas neque ejus, qui tradit, neque ejus, cui traditur, per se sufficit ad continuandam possessionem, quia non consentiente eo, cui traditur, facultas de re disponendi deficienti conditione restitui non potest, non consentientis autem ejus, qui tradit, animus possidendi non permanet.

Quibus explicatis opinionem illam, possessionis omissionem ab eo, qui tradat, semper sub conditione, ut possessio acquiratur, fieri, nobis aestimantibus apertum fit, omnino eam non veram esse, si possessionis traditio facto externo fiat. In his casibus possessio semper corpore amittitur nec refert, utrum, quod discrimen grave esse Randa[165]) putat, is, qui acquirere eam vult, statim eam corpore apprehendat necne. Utique enim is, qui tradit, post factum, quo tradi volunt, jam facultate caret pro lubitu de re disponendi. Quodsi is, qui acquirere vult possessionem, non statim corpore eam adipiscitur, neque corpore proprio neque ejus, qui acquirere vult, corpore possessio retinetur. Cogitari tantum potest, possessionem per eum, qui acquirere velit, retineri, si hic statim corporaliter possessionem acquirat et uterque consentiat, eum usque ad id tempus, quo possessor fuerit, facultatem de re disponendi ejus, qui tradat, nomine habere. Quae utriusque voluntas rerum natura fieri non potest. Uterque enim, eum, cui tradatur, traditione possessionem adipisci vult atque existimat, cui repugnaret illam ei inesse voluntatem. Sed etiam in iis casibus, quibus sola voluntate omittitur possessio, nunquam omissio sub conditione, ut possessio ab illo, cui tradatur, acquiratur, fit. Sub conditione tacita, quam Ulpianus in fr. 34 pr. D. de poss. verbis »quodammodo sub conditione« significare vult, aliquem disposuisse, ita tantum nobis credendum est, si disponentis

165) l. c. p. 215 sequ.

interest, voluntatem declaratam pendere ex quadam re, quae, seu praeterita seu praesens seu futura est, pro eo, qui disponit, eo tempore, quo declaratur voluntas, incerta est et postea certa fit. Ut igitur accipi posset, possessionis omissionem ab eo, qui tradat, sub conditione tacita fieri, si possessio ab eo, cui tradatur, acquiratur, sumi posse oporteret, et eum, qui tradat, conscium sibi esse, possessionis acquisitionem incertam esse, et ejus interfuisse possessionem sub illa conditione omitti. Utrumque non ita se habet. Possessionis acquisitio notio juridica est, quae ex variis rebus componitur. Requiruntur ad eam praeter eas res, quae ad naturam pertinent, animus possidendi spectans ad rem, quae possideatur, et facultas ejus, qui possidere vult, et rei possessae. Eum, qui tradat, omissionem possessionis cum hac notione iisque, ex quibus constet, rebus, quarum omnium conscius esse non potest, conjungere equidem minime crediderim. Nec ejus interest, eum, cui tradere obligatus sit, possessionem re vera acquirere. Obligatio tradendi, ex qua sola facile intelligimus id explicari, quod ejus intersit, possessionem acquiriri, nihil aliud continet nisi voluntatem possidendi eum deponere atque hoc ei, cui ad tradendum obligatus est, ita, ut recte intelligatur, declarare et talem rei statum ei, cui tradatur, praebere, ut facultas ei naturalis pro lubitu de re disponendi efficiatur, ideoque ei facultatem facere seu sola voluntate seu actu quodam possessionem acquirendi, praesertim autem de fundis vacuam ob aliis possessionem praestare. Quam obligationem si solvit, ei, qui tradit, nihil jam usus est cum re tradenda. Quid deinde de re fiat, utrum ejus possessio ab eo, cui tradere obligatus est, acquiratur necne, ejus nihil interest. Respicientes igitur ad ejus, qui tradit, utilitatem haec vera esse intelligimus. Si ex natura rei, qua traditio fit, sequitur, ut is, qui tradit, obligationem se persolvisse sibi conscius fit, nulla causa, ex qua possessionem sub tacita illa conditione eum omississe credamus, locum habet. Sin autem incertum est, num declarata omittendae possessionis voluntate, quod praestare obligatus sit, praestiterit, ejus interest usque ad id tempus, quo hoc ipsum praesti-

tisse certum fiat, possessionem retinere. Quum enim, si hoc non praestiterit, ab eo is, cui obligatus est, petere possit, ejus refert, jus possessionis retinere, ut ejus auxilio facultatem retineat obligationis implendae.

Si ad has rationes leges, de quibus agitur, referamus, vera ac dilucida earum vis est. Primum de fr. 18 §. 1 cit. nobis non est silentio praetereundum, Celsum verbis »rem tradere« uti. Vocabulum »res« non inusitate, opposito verbo »possessio« vel »fundus«, rem mobilem significat e. g Gaj. IV., 154 »possideret rem vel fundum« l. 11 C. unde vi »alienas res vel possessiones«. Verba »rem tradere« ipsam, quae a manu ad manum fit, rei mobilis traditionem notare atque opposita esse cum verbis »pro tradito haberi« »traditum videri, intelligi« quae alias res illi aequatas significent, tum verbis »possessionem tradere«, quae proprie ad possessionis fundorum traditionem pertineant, multis fontium locis probatur. Priori afferam ratione fr. 1 § 21 D. de poss »si jusserim, venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam« — »nam cum pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint« — »et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae traditae fuerint.« fr. 9 §. 3 D. de jur. dot. »non quod ei non traduntur. Quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus an ei tradantur?« fr. 51 D. de poss. »acervum lignorum traditum videri simulatque custodiam posuissem« fr. 74 D. de contr. emt, »clavibus traditis ita mercium in horrea conditarum possessio tradita videtur« — fr. 238 §. 1 D de verb. sign. »pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur; inde etiam videri potest, — pignus proprie rei mobilis constitui«; fr. 1 §. 2 D. de per. et comm. »si dolium signatum sit, traditum id videri«; fr. 14 §. 1 eod. »videri trabes traditas, quas emtor signasset; fr. 22 §. 1 D. de pign. act. Posteriori ratione affero in medium fr. 18 §. 2, fr. 33, fr. 34 D. de poss. l. 2 C eod. fr. 12 D de vi, fr. 36 D. de pactis fr. 77 D. de rei vind. Qua verborum »rem tradere« vi in fr. 18 §. 1 cit. accepta, Celsi sententia, possessionem rei eum, qui tradat, hoc ipso amittere,

quamvis furiosus eam non adipiscatur, nec conditionem cum omissione possessionis conjunctam cogitari posse, necessaria esse videtur. Primum enim traditio uno actu fit. Is, qui tradit, sibi conscius est, furiosum statim rem corporaliter tenere et ita ejus possessionem acquirere eum existimat. Incertae sibi rei, cujus cum futuro discrimine conjungere possit omissionem possessionis, non sibi conscius est. Talis quidem non est possessionis acquisitio vel furioso facultatem personalem inesse ad acquirendam possessionem maximeque eum sanae mentis esse. Quam rem is, qui tradit, incertam esse non putat, immo existimat, eum sanae mentis esse. Hoc sibi vult argumentum Celsi verbis »immo vult dimittere, quia existimat se transferre« expressum. Explicant rem ita, secum repugnare, eum, qui tradat, efficientiam voluntatis omittendae possessionis ex discrimine rei pendere velle, quam voluntatem declarans non incertam, sed effectam esse putet. Sed etiam hoc argumentum pro Celsi opinione loquitur. Possessio illo in casu non sub conditione omitti potest, quia corpore amittitur, consensum autem utriusque non fuisse planum est, ab eo, qui acquirere velit, interim nomine ejus, qui tradat, rem detineri Possessio igitur et ita amitteretur, si is, qui traderet, ejus omissionem cum tacita conditione conjunxisset. Nec difficilius inde intelligendum est, quid fr. 34 pr. cit. et fr. 18 pr. cit, quae ab opinione Celsi abhorrere videntur, dicere velint. In utroque agitur de tradenda fundi possessione missione in fundi possessionem facta. Efficitur in ea omissio possessionis semper sola voluntatis declaratione. In fr. 18 D. cit. venditor fundi, quem locaverat, ut tradat eum, emtorem in possessionem fundi absente venditore inire jubet. Emtor, quum in fundum intrare vult, a colono prohibetur. Possessio igitur vacua non est quam praestare venditor obligatus est. Papinianus igitur recte et acute respondet, venditoris interesse, non omnino possessionem omittere, sed co consilio et ita tantum, ut emtori obligationem suam impleat, ideoque, quod secundum rei naturam fieri possit, accipiendum esse, hanc tacitam conditionem declarationi omittendae possessionis eum adjecisse, praecipue igitur

possessionem eum retinere velle, si possessionem fundi, quum intrare velit is, qui missus sit, in eam, non vacuam esse apparuerit, ut jure possessionis vacuam possessionem facere possit. Nihil ultra haec dicit Papinianus verbis »neque enim« usque »adeptus fuisset«. Non, quod possessio ab emtore non acquiratur, sed, quod ab eo non acquiratur propterea, quod non vacua sit, causam, continet, cur Papinianus voluntatem omittendae possessionis efficacem esse non vult. Simillima est fr. 34 pr. cit. ratio. Titius Sejo possessionem fundi Corneliani vacuam se relinquere declarat eumque jubet in ejus possessionem absente se intrare. Sejus errore inductus, fundum Sempronianum Titium vacuum se relinquere declarasse, in hunc ingreditur. Respondet Ulpianus »sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione.« Etiam Ulpianus his verbis non omnino voluntatem deponendae possessionis non valere dicit, si possessio ab eo, cui tradatur, non acquiratur, sed causa, quod possessionem retineat Titius, haec est, quod Sejus in illo errore versetur ideoque possessionem non adipiscatur. Quem errorem tollere Titius obligatus est, quia tradere fundum obstrictus est. Simplicissime ac certissime is, qui obligatus est fundum tradere, obligationem vacuam ejus possessionem relinquendi finiumque eum, cui tradenda est, certiorem faciendi persolvit, eum, ad quod obstrictus est [166]) in fundum inducens. Utrumque, quum in fundo praesens sit, ad eundem fundum respicere necessarium est nec ille error fieri potest. Quum autem mittitur in possessionem, is, qui mittit, non ipsa voluntatis declaratione facta et recepta liberatur, sed, quia obstrictus est fines demonstrare neque eum, cui tradendum est, hoc jus renuntiasse praesumendum est, praestare debet, idem eventurum esse ac si induxisset eum, cui tradendum est, in fundum eique ejus fines demonstrasset, fundum igitur non solum vacuum esse, sed etiam eum, cui tradere debet, recte declarationem suam intelligere neque in errore in

166) vide n. 46.

fundo tradendo versari et ejus fines invenire posse. Si res ita non se habet, obligatio ejus ad inducendum in fundum demonstrandosque ejus fines continuatur. Qua ex causa ejus, qui tradere debet, interest, possessionem ita non omittere, ut futuro tempore apparuerit declarationem, vacuum relinqui fundum, hoc non effecisse. Itaque accipiendum est, eum tantum sub tacita conditione, si is, cui tradendum sit, declaratione facta non secus possidere possit ac si in fundum inductus esset, possessionem deponere velle, ut usque ad id tempus, quo ille hoc facere possit, si ab aliis impediatur, ne obligationem tradendi impleat, jure possessionis ejus sibi servet facultatem. Denique quoque commemorare volo, jam glossam indicasse ad rationem discriminis rei mobilis et fundi, quod leges, de quibus agatur, non secum pugnent, referri posse et Pothier [167]) apte dicere »nec obstat l. 18 D. de vi, ubi is, qui vacuam possessionem reliquit, dicitur, noluisse aliter desinere possidere, quam si tradita sit ei, cui relinquatur, Ita quidem. Sed in nostra specie res furioso re vera tradita est ideoque voluit omnino is, qui tradidit, desinere possidere.«

---

167) l. c.: ad fr. 18 §. 1 D. de poss.

Menda, quae sensum corrumpunt.

Pag. 1	vers.	10	lege „dissensione“ pro „dissensio“
— 6	—	33	— „proposuerim, verum“ pro „possuerim, rerum“
— 8	—	2	— „primo“ pro „primi“
— 9	—	25	— „sub et“ pro „subit“
— 18	—	14	— „possidendae“ pro „possidenti“
— 24	—	11	— „Emit“ pro „Emi“
— 26	—	1 et 2	lege „quaeritur“ pro „acquaeritur“
— 28	—	3	vox „non“ delenda est
— 31	—	8	lege „effecta“ pro „affecta“
— 34	n.	84	lege „p. 4“ pro „p. 7“
— 41	vers.	24	lege „absentium“ pro „absentiam“
— 46	n.	126	lege „eripiant“ pro „cripiant“
— 52	vers.	6	vox „facile“ ante accommodari inserenda est
— 60	—	6	lege „veram“ pro „reram“